

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ORIGINES ET DÉVELOPPEMENT

DE LA

THÉORIE DES RÉCOMPENSES

EN

MATIÈRE DE COMMUNAUTÉ LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

L. MARIGNAN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier 13.

1895

THÈSE

POUR LE

DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

ORIGINES ET DÉVELOPPEMENT

DE LA

THÉORIE DES RÉCOMPENSES

EN

MATIÈRE DE COMMUNAUTÉ LÉGALE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera soutenu le Lundi 16 Décembre 1895, à 2 heures 1/2

PAR

L. MARIGNAN

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

Président : M. LEFEBVRE, professeur.

*Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
CHÉNON, agrégé.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU

ÉDITEUR

14, rue Soufflot et rue Toullier 13.

1895





Digitized by the Internet Archive
in 2026

ORIGINES ET DÉVELOPPEMENT
DE LA
THÉORIE DES RÉCOMPENSES
EN
MATIÈRE DE COMMUNAUTÉ LÉGALE

INTRODUCTION

Nous nous proposons de rechercher dans cette étude l'origine des récompenses en matière de communauté légale, pour en suivre ensuite le développement dans notre ancien droit. Poser ainsi la question c'est affirmer que la théorie qui va nous occuper n'a pas toujours existé. Nous serons donc amenés à examiner, comme préliminaire à ce travail, ce qu'était la communauté légale avant l'introduction des récompenses.

Il y eut un temps où la communauté existait et où l'on ignorait les récompenses, quelle en fut la durée ?

C'est ce qu'il nous faudra fixer avant d'entrer plus avant dans le cœur de notre sujet. En examinant l'ori-

gine de la théorie des récompenses et en précisant la date de son apparition, nous établirons le point final de notre période. Elle avait commencé avec la communauté, nous voilà donc amenés à rechercher en quelques pages à quelle époque la communauté légale est apparue.

C'est la division que nous suivrons dans cette étude.

Un premier chapitre comprendra deux sections :

SECTION I. — Origines de la communauté légale et époque où elle a fait son apparition ;

SECTION II. — Administration de la communauté pendant la période qui s'étend de son apparition à celle des récompenses ;

Notre deuxième chapitre, consacré aux récompenses, comprendra trois sections :

SECTION I. — Origines de la théorie des récompenses.

SECTION II. — Récompenses dues par la communauté à l'un des conjoints ;

SECTION III. — Récompenses dues par l'un des conjoints à la communauté.

Les développements que nous donnerons au premier chapitre seront forcément bornés au strict nécessaire, car ce n'est pas là le sujet même de notre étude mais

seulement la route qui nous y conduira. Nous ne devons donc pas nous y attarder, mais il est indispensable de la parcourir car, pour étudier une institution, il est nécessaire d'examiner au préalable ce qui l'a précédée. Cet examen s'impose surtout lorsque, et c'est bien le cas pour la question qui doit nous occuper, nous sommes en présence d'une institution nouvelle, imaginée pour obvier aux inconvénients que la pratique avait fait reconnaître aux règles anciennement admises.

CHAPITRE PREMIER

ORIGINE ET ADMINISTRATION PRIMITIVE DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

SECTION I^{re}. — Origines de la communauté.

Parmi les institutions, inconnues du droit romain, qui nous viennent de notre ancien droit, l'une des plus importantes est la communauté, que le Code de 1804 a accueillie pour en faire le régime de droit commun. Il n'en est guère dont les origines soient plus discutées, la naissance couverte de voiles plus épais. Une foule de systèmes ont été mis en avant pour l'expliquer, et on a voulu successivement la rattacher à bien des législations, à bien des causes diverses : les Gaulois, les Romains, les Barbares, l'Eglise, les sociétés taissables, les chartes municipales du XII^e siècle, s'en sont vus successivement attribuer la paternité.

Aucune de ces nombreuses théories ne nous semble pleinement satisfaisante ; au reste, peut-être est-il impossible, dans l'état actuel de la science, de fixer, autrement que par conjecture, l'époque où elle serait

apparue. Essayons-le cependant. Pour cela, examinons rapidement les diverses solutions proposées au problème, pour arriver ensuite à celle qui a toutes nos préférences.

§ 1^{er}. — *Origine gauloise*. — Nous descendons des Celtes. « *Le fonds de la nation est celtique... Les « Galli (nom donné par les Romains aux Celtes de « Gaule) avaient, au moment où les Romains s'em- « parèrent de leur pays, une civilisation assez avancée* ¹. » Pourquoi donc la communauté ne serait-elle pas née chez eux ? Tel a été le point de départ d'une première théorie qui s'appuie sur le § 19-VI des *Commentaires de César* ², ainsi conçu : « *Viri quantas pecunias ab uxoribus dotis nomine acceperunt, tantas ex suis bonis, æstimatione facta, cum dotibus communicant. Hujus omni pecuniæ conjunctim ratio habetur fructusque servantur. Uter eorum vita superaverit ad eum pars utriusque cum fructibus superiorum temporum pervenit.* »

Voilà, a-t-on dit, une communauté, c'est celle de l'article 1525 du Code civil.

On a fort justement objecté que ce texte de César

1. Gaston Paris. *Histoire de la Littérature française au Moyen-Age*, 2^e édit. p. 8.

2. Guy Coquille, *Commentaire sur la Coutume de Nivernois*, sur l'art. 2 du titre *Des Droicts de Gens Mariéz*.

n'est confirmé par aucun autre document, et que, ce qui permet de croire qu'il s'est trompé, c'est la difficulté de trouver des apports toujours égaux. Puis, comment donc auraient vécu ces époux qui ne pouvaient toucher à leurs revenus? On a répondu que c'était avec les fruits de ces revenus capitalisés. Cela nous semble bien improbable; en effet César dit d'une manière générale « *fructusque servantur* », sans ajouter que les produits de ces revenus pourront être dépensés. De plus, il faut subvenir aux besoins du ménage, et ces besoins existent dès le mariage, comment était-il possible d'y faire face en attendant le jour où les biens avaient produit des fruits qui, eux-mêmes, se comportaient comme des capitaux et devenaient à leur tour productifs ¹.

§ 2. — *Origine romaine.* — Les Romains ont conquis la Gaule et se la sont assimilée ² à tel point

1. Boissonade, *Histoire des droits de l'époux survivant*, p. 118, 123. — Cet auteur critique l'opinion qui se fonde sur le § 19, VI, de César. Pour repousser l'argument tiré du mot *communicant*, il remarque qu'on doit se fonder, non pas sur une confusion des biens des époux, mais sur la parité de leurs droits et le partage par moitié, pour reconnaître une communauté, or, ici, tout passe au survivant. Après avoir rejeté ce système, il conclut que les Gaulois ne connaissaient pas la communauté et qu'il y a simplement, dans le régime dépeint par César, un gain de survie mutuel.

2. Pour se faire une idée de cette assimilation et voir à quel point elle était complète, lire: Gaston Boissier, *Cicéron et ses amis*, p. 268-

que leurs institutions y ont subsisté après l'invasion. La communauté ne viendrait-elle pas alors du droit romain? On l'a affirmé. On a invoqué les textes de la *manus*, ceux qui parlent d'association, de *consortium omnis vitæ*, enfin un texte qui mentionne une société entre époux ¹.

Cette opinion nous paraît inadmissible ². La création romaine est le régime dotal, qui est à l'opposé du régime de communauté, et dans lequel le mari garde tous les produits pour lui. Il y a, du côté de la femme, une défiance qui amène à la séparation des patrimoines, tandis que la communauté repose sur la confiance mutuelle, l'association.

Et, la preuve qu'il en est bien ainsi, c'est que, dans les pays de droit écrit, où l'on suivait le droit romain, c'est le régime dotal qui a été longtemps seul usité et

270 et surtout Gaston Paris qui établit qu'elle fut si absolue que le latin devint rapidement la langue usitée en Gaule : *Histoire de la littérature française au moyen âge*, p. 9.

1. Bouhier. I, ch. 4, n° 37 (à la page 360, dans l'édition de 1787), soutient qu'elle nous vient de Rome. Elle était, dit-il, très ordinaire chez les Romains dans les premiers temps et, si, dans la suite, elle est moins fréquemment usitée, on en trouve encore des traces : témoin Scœvola qui parle d'un mari « *qui societatem omnium bonorum suorum cum uxore sua habuit* » (l. 16, § 3. Dig. XXXIV-2).

2. Lebrun combat cette doctrine en faisant très bien remarquer qu'il faut soigneusement distinguer la communauté de vies, qui existait à Rome, de la communauté d'intérêts qui n'était pas connue. — *Traité de la Communauté*, livre I, ch. 4, n°s 4 à 4.

qui domine encore aujourd'hui. Il en était de même dans d'autres législations descendant directement du droit romain ; nous voulons parler des codes italiens d'avant la réunion et même, depuis, du Code du royaume d'Italie où la communauté n'est admise que s'il y a une disposition spéciale et où, dans aucun cas, elle ne peut être universelle, si ce n'est pour les meubles ¹.

§ 3. — *Origine barbare.* — Les Barbares ont triomphé des Romains et leur influence a été considérable sur le développement des mœurs et de la législation ; on a voulu en conclure qu'ils ont apporté avec eux la communauté toute faite. On a affirmé ², après Montesquieu, que les institutions barbares ne se modifièrent point au contact des usages que les lois et la

1. Le Code civil du royaume d'Italie organise par contre certains droits de survie pour le conjoint survivant, notamment une portion réservée d'usufruit : une part d'enfant légitime sans pouvoir dépasser $\frac{1}{4}$ s'il n'y a pas d'enfants mais qu'il existe des ascendants ; — $\frac{1}{3}$ en face de successeurs non réservataires, art. 812 à 814 et art. 820, art. 456, 757 et 812, voir aussi les art. 458, 457 et 428 qui règlent les cas où il y aura perte de ce droit, et les art. 753 à 756.

Des dispositions analogues existaient dans les divers codes qui régissaient les États italiens avant la réunion. Ainsi : le Code de 1820 pour les duchés de Parme et Plaisance, art. 652, 657 et 659 ; le Code du duché de Modène de 1831, art. 836 ; le Code du royaume des Deux-Siciles de 1819, art. 689 à 690 ; le Code sarde ou albertin de 1837, art. 936 à 961.

2. BATTUR, *Traité de la Communauté*, p. 96 et suiv.

civilisation de Rome avaient introduits en Gaule. On a prétendu que les lois romaines disparurent dans les terres occupées par les Francs et que le régime matrimonial usité chez eux vient, par conséquent, de la Germanie. La loi Ripuaire qui accorde à la femme un tiers des acquêts, celle des Saxons qui lui en attribue la moitié, viendraient confirmer cette hypothèse en nous montrant ce qu'étaient les usages francs.

Cette théorie nous semble contredite par les faits : nous ne trouvons nulle trace de la communauté avant l'invasion des Francs et leur conversion ; tout au plus peut-on relever dans Tacite l'origine du douaire ¹.

§ 4. — *Origine canonique.* — D'autres, se fondant sur les Décrétales de Grégoire IX, liv. IV, tit. 20, Canon 2, ont voulu faire de l'Eglise la créatrice de la communauté. Le texte cité s'y réfère bien, malheureusement il est de 1186 et l'on peut affirmer que la communauté existait bien antérieurement ; il n'a donc pas pu la créer. Il s'exprime d'ailleurs d'une manière assez vague et il nous semble difficile d'en tirer argument : « *Signi-*

1. TACITE, *Germanie*, XVIII : « Dotem non uxor marito, sed uxoris maritus offert. Intersunt parentes et propinqui, ac munera probant ; munera non ad delicias muliebres quæsitæ, nec quibus nova nupta comatur ; sed boves et frenatum equum et scutum cum framea gladioque. In hæc munera uxor accipitur atque invicem ipsa armorum aliquid viro offert. Hoc maximum vinculum, hæc arcana sacra, hos conjugales deos arbitrantur. »

ficavit P. mulier, quod II quem loco viri tenebat, divortio inter eos solemniter celebrato, dotem suam illicite detinet, et reddere contradicit : possessiones etiam, quæ ipsis, dum simul viverent, cujuscumque contractus titulo communiter obvenerunt, ea prorsus exclusa sibi nititur vindicare. Ideoque mandamus, quatenus si ita est, et non est aliud quod obsistat, ipsum ad restitutionem dotis et divisionem eorum quæ olim communiter habuerunt, districtione ecclesiastica compellatis. » Cette décrétale fait bien, dans son alinéa final, l'allusion à la communauté, mais il nous paraît qu'elle la présente comme une institution déjà existante et non comme une innovation.

§ 5. — *Origine de la communauté dans les sociétés taisibles.* — On a alors voulu mettre en avant les sociétés taisibles ; mais, comme on l'a fait bien justement observer, les sociétés taisibles, loin d'être l'origine de la communauté conjugale, en auraient plutôt écarté. En effet, dans un pays où elles auraient existé d'une manière générale, pourquoi créer le régime de communauté puisque, sans qu'il en soit besoin, les époux deviendront communs par le seul fait de la vie commune ?

§ 6. — *Origine de la communauté dans les chartes communales du XII^e siècle.* — Une sixième théorie la

fait naître dans les villes de communes, parmi les bourgeois et les artisans, comme favorable à leur commerce et à leur crédit. Pour soutenir cette opinion on s'appuie sur de menus faits et des différences qui existent entre le droit des nobles et celui des roturiers, pour conclure à une longue opposition de régimes, les nobles en étant restés au gain de survie établi par la loi Ripuaire.

Les nécessités du commerce et du crédit ont pu, dans ces villes, aider à l'extension de la communauté. Mais, si elles en ont favorisé le développement, elles ne l'ont pas créée; la meilleure preuve consiste dans ce fait que des formules et des chartes la mentionnent à une époque bien antérieure.

§ 7. — *Origine de la communauté dans la loi Ripuaire.* — Enfin, un dernier système, renfermant une bien plus grande part de vérité que les précédents, rattache la première apparition de la communauté à la loi Ripuaire ¹.

1. Voici les textes de la loi Ripuaire sur lesquels on s'appuie; ce sont les art. 4 et 2 de la loi, au titre 37 ou 39 selon les éditions.

Art. 4 : « Si quis mulierem desponsaverit, quidquid ei, per tabularum seu chartarum instrumenta, conscripserit, perpetualiter inconvulsum permaneat. »

Art. 2 : « Si autem, per seriem scripturarum, ei nihil contulerit, si virum supervixerit, L solidos in dotem recipiat, et tertiam partem de omni re quam simul collaboraverint, sibi studeat vindicare; vel quidquid ei in morgangobà traditum fuerat, similiter faciat. »

La loi Ripuaire, lit. 37, § 1, autorise la liberté des conventions matrimoniales, puis, dans son § 2, elle décide, qu'à défaut de conventions, la femme aura « *tertiam partem de omni re quod simul collaboraverint* ».

Voilà, a-t-on dit, la communauté, voilà l'époque à laquelle nous la trouvons pour la première fois. Il ne faut rien conclure, ajoute-t-on, de ce qu'on ne trouve aucune disposition semblable dans la loi Salique, car on a la preuve que cette participation aux acquêts était générale ¹. On ne peut pas non plus argumenter de ce que la part de la femme est seulement d'un tiers au lieu d'être de moitié, car la quotité du droit importe peu. De nos jours on peut encore stipuler que la communauté se divisera en parts inégales.

Tout cela est très juste, mais il est un autre reproche qu'on peut adresser à la théorie qui nous occupe, et qui, celui-là, nous semble fort difficile à écarter. La loi Ripuaire accorde bien à la femme un tiers des acquêts, mais seulement si elle a survécu, « *si virum supervixerit* » ; elle organise donc, non pas une véritable communauté, mais simplement un gain de survie.

§ 8. — *Solution proposée.* — Après avoir successivement écarté tous ces systèmes, il nous reste à

1. Nanthilde, veuve de Dagobert, dit le continuateur de Grégoire de Tours, eut un tiers des acquêts en 633.

exposer les raisons qui nous déterminent à en adopter un autre qui place l'origine de la communauté entre le VI^e et le VII^e siècle.

Il faut d'abord remarquer que l'idée d'une communauté de biens entre époux semble toute naturelle et devait naître d'elle-même du mariage. L'union conjugale est en effet formée pour toute l'existence et il semble, dès lors, tout simple d'avoir une association correspondante des fortunes, comprenant principalement les acquisitions qui auront été réalisées au cours du mariage par de communs efforts et une commune économie.

Le régime dotal et les progrès du divorce allaient à l'encontre en droit romain, mais il correspond moins bien que la communauté au mariage ; aussi ce régime devait-il triompher lorsque le christianisme allait rendre le mariage indissoluble.

De tout cela nous concluons que la communauté doit être une institution coutumière qui s'est lentement introduite et dont nous devons constater l'existence dans la pratique, avant de la voir législativement consacrée.

Partant de cette idée, à quelle époque allons-nous placer son introduction ? Il est bien difficile de préciser, le problème n'est pourtant pas insoluble.

Nous admettrions volontiers comme période de formation l'époque qui s'étend entre le milieu du VI^e siècle et le milieu du VII^e. Ce qui nous décide à la

placer à ce moment c'est que nous ne la trouvons pas au VI^e et que nous la voyons mentionnée au VII^e ; c'est donc entre les deux époques qu'elle serait apparue.

Nous disons qu'elle n'existe pas encore au milieu du VI^e siècle, en effet la loi Salique est muette, et (nous l'avons déjà constaté) la loi Ripuaire ¹, ensuite, ne la mentionne pas. Elle dispose seulement qu'un tiers des acquêts ira à la femme survivante ; mais c'est là un gain de survie et l'on ne peut parler de communauté que lorsqu'il y a pour la femme un droit qu'elle transmettra à ses héritiers si le mariage est dissous par sa mort et non seulement si elle a survécu à son mari. Il n'y a pour nous, dans la loi Ripuaire, qu'une disposition analogue à celle de l'article 389 de la Coutume de Normandie, d'après lequel les femmes n'ont qu'un droit de survie : « *Les personnes conjoints par mariage ne sont communs en biens, soit meubles ou conquêts immeubles, ains les femmes n'y ont rien que après la mort de leur mari* » ².

1. La date de ces deux lois est l'objet de discussions dans le détail desquelles il nous est impossible d'entrer ; qu'il nous suffise de rappeler que la loi Ripuaire, postérieure à la loi Salique, fut cependant rédigée dans la deuxième moitié du VI^e siècle au plus tard.

2. Cette règle était ancienne en Normandie et le *Grand Coutumier de Normandie*, ch. 401, § 4, disposait déjà que : « Leu doit scavoir que femme ne peut avoir douaire ne partie en conquest que son mary ait faict puis que il espousa, fors en bourgage où elle aura la moitié, mais de douaire n'y aura-t-elle point. » La communauté ne fut jamais reçue dans la Coutume de Normandie à tel point que si

Les partisans de la théorie d'après laquelle la communauté a sa source dans la loi Ripuaire, nous objectent que le § 1 du titre 37 pose le principe de la liberté des conventions matrimoniales et en concluent qu'il se pourrait fort bien que, dans la pratique, des conventions aient existé qui seraient allées plus loin que ce tiers accordé à la femme, et auraient établi une véritable communauté.

C'est, à la vérité, possible ; mais on ne peut l'affirmer puisque aucune de ces conventions ne nous est parvenue pour nous permettre de le faire. On répond, il est vrai, que nous ne possédons certainement pas toutes les formules de *libelli dotis*, et que peut-être ces conventions d'où est sortie la communauté étaient, au contraire contenues dans le *morgengabe* et faisaient partie de la donation faite à la femme au lendemain des épousailles. Il n'y aurait pas d'impossibilité à cela, mais, ici encore, l'absence complète de formule ne permet rien autre que des conjectures, et il nous paraît bien difficile d'accepter un système que ne vient pas corroborer le moindre texte.

De plus, il ne faut pas l'oublier, une des causes qui

la communauté y était stipulée par contrat de mariage, le contrat était nul et sans effets. Bien plus, quand le contrat était fait dans une coutume autorisant la communauté et portait soumission à cette coutume avec dérogation à la coutume de Normandie, même alors le parlement de Rouen jugeait la clause nulle. FERRIÈRE, sur l'art. 220 de la Coutume de Paris.

ont donné naissance à la communauté est le christianisme, qui protège les femmes, fait du mariage un sacrement et proclame l'égalité des deux époux. Or la loi Ripuaire ¹ serait du commencement de la deuxième moitié du VI^e siècle, pour le titre XXXVII qui nous occupe, et, d'après une seconde opinion, de 525. D'autre part, la conversion de Clovis est de 496, et l'extension du christianisme parmi les Francs n'a commencé qu'à cette époque. Si l'on tient compte de ces deux dates, est-il possible d'admettre qu'en si peu d'années, de trente à cinquante ans, selon l'époque où l'on place la rédaction de la loi Ripuaire, le christianisme ait eu le temps, à la fois de s'étendre partout en Gaule et, du même coup, d'avoir acquis une influence assez considérable pour changer complètement les mœurs d'un grand peuple et lui faire adopter un régime matrimonial jusqu'alors inconnu de lui ?

S'il s'agissait là d'une mesure d'ordre public, on pourrait à la rigueur le comprendre ; mais il s'agit d'une réforme d'intérêt privé, et celles-là ne s'introduisent que lentement.

Cette objection devient capitale si l'on envisage une dernière considération, qui prouve jusqu'à l'évidence que la réforme n'a pu être aussi rapide. Il faut, en effet, bien remarquer que c'est l'esprit, et l'esprit seul

1. VIOLLET, *Précis de l'histoire du droit français, Sources, Droit privé*, 1^{re} édition, pages 92-93.

du christianisme, qui a agi en ce sens, non ses prêtres, au moins pendant de longues années. En effet, si l'on considère que les ministres du culte, au début, devaient être imbus d'idées romaines¹, et si l'on songe qu'à Rome le régime dotal était seul connu, on en arrive à se convaincre que le christianisme n'a pas pu avoir pour effet immédiat d'apporter un changement aussi profond dans les conventions matrimoniales. Il faut alors conclure que le régime auquel il a conduit doit n'avoir été adopté que postérieurement à la loi Ripuaire, et qu'il n'a été que le résultat d'une évolution lente et progressive. Ce serait une confirmation de plus de cette règle, que les transformations les plus profondes dans les mœurs ont souvent des sources lointaines et qu'elles ont mis longtemps avant de s'imposer à tous.

La communauté n'existe donc pas encore pour nous dans la première moitié du VI^e siècle ; mais nous allons la rencontrer au VII^e.

Le recueil de Marculfe, dont la rédaction doit se placer soit au milieu du VII^e siècle, d'après l'opinion généralement admise jusqu'à ces derniers temps, soit à la fin de ce VII^e siècle, d'après le dernier éditeur du formulaire, nous a conservé plusieurs formules qui im-

1. Gaston Paris, *La Littérature française au moyen âge*, p. 12.
ESMEIN, *Cours élémentaire d'histoire du Droit français*, 2^e édit., p. 53.

pliquent nécessairement à cette époque l'existence du régime de communauté. Il nous semble bien difficile de nier l'existence de la communauté à ce moment, en présence des dispositions si nettes des formules 3, 4, 5, 7 et 17 du livre II de Marculle ¹.

La formule 17 surtout est bien significative. Le mari commence par faire un legs universel d'usufruit à sa femme, puis celle-ci prend à son tour ses dispositions en ces termes :

« *Itemque ego, ancilla tua, domne et jugalis meus ille, in hoc testamentum promptissima voluntate scribere atque perpetua conservatione rogavi, ut, si tu, domne et jugalis meus, mihi suprestris fueris, omni corpore facultate mea, quantumcumque ex successione parentum habere videor, vel in tuo servitio pariter laboravimus, et quod in tertia mea accepi, in integrum, quidquid exinde facere elegeris, aut pro anime remedium in pauperes dispensare, aut ad vassos vestros vel bene meritis nostris, absque repetitione heredum meorum, quod tua decrevit voluntas faciendi liberam habeas potestatem, et post discessum vestrum, quod non fuerit dispensatum ad legitimus nostros revertatur heredis.* »

Il nous paraît impossible de ne pas reconnaître dans ce texte l'existence d'une communauté. Comment, si

1. Ces formules sont reproduites dans le recueil de Rozières où elles portent les numéros 215, 345, 248, 219.

la femme n'avait qu'un droit de survie, pourrait-elle léguer au mari ce tiers des acquêts ? Ce serait tout à fait inutile, car le mari survivant aurait naturellement la propriété de tous les acquêts, et la femme ne pouvait les léguer que si elle avait, sur ce tiers dont elle disposait, un droit de propriété ferme et qui, par sa mort, devait passer à ses héritiers. La preuve qu'il en est bien ainsi, c'est que, dans la dernière partie de la phrase que nous venons de rapporter, la femme a bien soin d'écarter ce droit des héritiers : « *absque repetitione heredum meorum.* »

Certains auteurs nous disent que nous raisonnons sur des textes mal faits ; ils accusent le scribe d'erreur et affirment qu'il n'a fait léguer par la femme ce tiers des acquêts que pour avoir un testament bien symétrique. Le mari, venant de léguer l'usufruit des acquêts à sa femme pour le cas où elle lui survivrait, il fallait bien que la femme en fit autant ; de là l'origine de notre texte, a-t-on dit.

Cette argumentation ne nous paraît pas acceptable, d'autant que, pour soutenir notre opinion, nous n'avons pas seulement à invoquer le formulaire de Marculfe. Ce n'est pas là le seul fondement de notre thèse, et nous pouvons encore l'étayer sur d'autres documents qui ne sont plus de simples projets, mais de véritables actes, des contrats particuliers où nous retrouvons le nom des parties et la nomenclature des biens composant leur avoir. Il n'y a donc pas de doute possible sur

l'exactitude des documents que nous invoquons. Or, l'objection faite aux formules de Marculfe l'est par des auteurs qui reculent la première apparition de la communauté jusqu'aux chartes municipales du XII^e siècle ; le reproche d'ignorance ou d'erreur fait au scribe ne porte donc pas puisque nous voyons la communauté mentionnée bien avant l'époque où la placent nos adversaires.

Le Cartulaire de Cluny est riche en renseignements sur le point qui nous occupe. Les chartes 7, 88, 67, notamment, sont bien nettes et nous montrent la femme ayant, dès le mariage, un droit acquis, droit qui passera à ses héritiers lors de son décès ; et les termes de ces actes prouvent que ce n'était pas une innovation, mais une coutume déjà bien ancrée.

Ainsi, la charte 7, après avoir rappelé l'esprit du mariage chrétien, s'exprime ainsi : « *Sed quia et ratio postulat et consuetudo exquirat ut sponsas sponsum et maritus uxorem dotare debeat, itaque cedo tibi atque dono* ». Suit une longue énumération dans laquelle nous relevons les mots suivants : « *Cedo enim tibi tertiam partem ex omnibus rebus meis mobilibus quas modo habeo vel in futuro pariter acquirere poterimus, in omnibus rebus que dici vel nominari possunt* ». Il s'agit bien là d'une communauté universelle de meubles.

La charte n^o 88 est conçue dans des termes semblables, et il en existe un grand nombre d'autres, dont le

texte conduit nécessairement à la même solution ¹. On y voit qu'un tiers est donné à la femme, sans qu'il soit stipulé que la libéralité est faite sous condition de survie.

Toutes ces chartes se terminent d'une manière analogue par une formule ayant pour but d'empêcher toute

1. Parmi ces nombreuses chartes, citons, à titre d'exemple, la charte 88 du cartulaire de Cluny : « Dulcissima atque amantissima mihi conjuga mea, nomine Sigerada, ego, in Dei nomine, Isaac, dum nos Deus iis diebus ad legitimo conjungio sociare jussit, proterea cedo tibi tertia porcione de omnes res, facultates meas quas visus sum abere aut possidere, aut inantea una cum Deo unipotentis adjutorio conquirere aut laborare potuero, tam in Lugdunense quam in Vienneuse quam etiam et in aliam locis : oc est in edificiis, casis astantibus, casaricis, ortis, areis, vineis, vinealis, campis, pratis, silvis, pascuis, decimis, fontibus, arboribus pomiferis et ipommiferis, aquis aquarumque decursibus, accessis, pecoribus tam majoribus quam minoribus, drapis tam lincis quam laneis vel siricis, aurum, argentum, omnia ex omnibus quidquid dicere aut nominare vel dominare potes, desub integritate tibi, dulcissima conjus mea Sigerada, tertia porcione sub integro tibi cedo et secundum mea lege salica manibus tibi trado, perpetualiter ad abendum, vendendum, donandum, seu liceat tibi commutandum, et sicut lex mea salica commemorat faciendum. Et si quis contra anc donacione ista, ego ipse aut ullus ex eredibus meis, venire, dicere, tentare voluerit, non vendicet, set sit culpabilis et impleturis una cum fisco auri libras III et antea ec donacio snam obtineat firmitatem, cum stipulacione subnixa. S. Isaac, qui donacione ista fieri et firmare in presente rogavit. S. Arenbodo. S. Agenfredo. S. (6 noms). Blitbodus rogatus donacione ista escripserit, datavit die Martis, in mense jenoario, anno IIII regnante Ludovico imperatore. » Cette charte figure également dans le recueil de textes relatifs aux institutions privées et publiques publié par Thévenin dans la collection Picard. Elle y porte le n° 176 et c'est là que nous l'avons relevée. Elle est de janvier 903.

contestation sur le droit de la femme. Nous avons déjà cité en note la charte 88, voici la disposition finale de la charte 7 : « *Et si quis contra hanc donationem dotis, venire, dicere aut inquietare aliquid voluerit, non valeat vindicare quod repetit, sed componat tibi tantum et aliud tantum quantum omnes ipse res meliorate valuerint, et præsens hoc dotalicium firmum permaneat cum stipulatione subnixæ* ».

Nous avons rapporté cette phrase, qui se retrouve dans toutes les chartes de l'époque, à quelques variantes près, parce qu'elle vient, selon nous, à l'appui de notre théorie, qui place la naissance de la communauté postérieurement à la loi Ripuaire. En effet, ces chartes sont du IX^e siècle (la charte 7 est exactement de 883) et postérieures, par conséquent, de deux siècles à la loi Ripuaire. Elles sentent le besoin d'ordonner, par une clause spéciale, que ce tiers des acquêts ne sera pas contesté à la femme ; or, si la communauté eût déjà existé lors de la loi Ripuaire, il n'eût pas été nécessaire de prendre cette précaution deux cents ans plus tard.

Si nous avons à rechercher sous quelles influences cette communauté s'est introduite, nous dirions, avec M. Gide, qu'elle est due à des prédispositions germaniques. Tacite, dans le *De moribus Germanorum* ¹,

1. Après avoir vanté l'austérité des mariages germaniques et dit que les présents donnés aux femmes ne consistaient pas en vaines parures

nous montre la femme accompagnant son mari jusque dans la guerre. Cette association si intime ne fait que se développer après l'invasion, sous l'influence du christianisme, qui rend le mariage indissoluble en promettant aux époux qu'après leur existence terrestre ils se retrouveront pour l'éternité dans un monde meilleur.

De cette communauté étroite de vie à une communauté de biens il n'y avait qu'un pas, et il fut franchi à une époque que nous avons essayé de déterminer, et qui, pour nous, doit être la période qui s'étend du milieu du VI^e siècle au milieu ou à la fin du VII^e siècle. Elle s'introduisit, selon nous, d'abord comme institution coutumière, et nous la trouvons mentionnée dans des textes de plus en plus nombreux à mesure que nous descendons le cours des siècles. Enfin elle devient légale, et nous la voyons pour la première fois apparaître avec ce caractère dans les chartes communales du Nord de la France (Laon, Amiens). Si c'est dans les chartes des villes municipales du XII^e siècle que nous relevons pour la première fois la communauté *légale*, nous insistons sur ce mot, c'est que ce sont là les pre-

mais étaient des bœufs, un cheval bridé, une framée, un glaive (Voy. ci-dessus, p.10, n.4). Tacite ajoute : « Ne se mulier extra virtutum cogitationes extraque bellorum casus putet, ipsis incipientis matrimonii auspiciis, admonetur venire se laborum periculorumque sociam idem in pace, idem in prælio passuram ausuramque; hoc juncti boves, hoc paratus equus, hoc data arma denuntiant; accipere se, quæ liberis inviolata ac digna reddat, quæ nurus accipiant rursusque ad nepotes referantur ». *Germanie*, XVIII.

miers documents législatifs coutumiers, les plus anciennes Coutumes.

Au moment de la rédaction des coutumes, elle est partout adoptée, sauf en Normandie, où elle ne fut jamais admise; le chapitre 101, § 4, du Grand Coutumier de Normandie, reproduit dans l'article 389 de la Coutume réformée, l'exclut formellement et fut toujours appliqué avec la plus grande rigueur¹.

SECTION II. — Administration de la communauté.

Cette communauté, dont nous venons de rechercher péniblement les origines lointaines, n'atteignit pas immédiatement les caractères qui devaient la distinguer dans la suite et passer avec elle dans le Code civil. Le seul trait essentiel que nous retrouvions dès le début, et sans lequel il n'y aurait pas de communauté, est l'existence d'une masse commune qui devra se partager entre les époux ou leurs héritiers lors de la dissolution du mariage. Nous constatons, aussitôt après le mariage dans la grande généralité des Coutumes, après un an et un jour dans cinq ou six d'entre elles², que chacun

1. Voir plus haut, page 15, note 2.

2. La Coutume d'Anjou titre XXII, art. 514 s'exprime ainsi :
« Homme et femme qui ont esté en mariage par an et par jour à

des époux possède, sur les biens dépendant de la communauté, un droit qui n'est pas subordonné à la survie. La quotité de ce droit, du tiers dans les provinces de l'Ouest longtemps occupées par les Anglais, est plus généralement de moitié.

Voilà le trait essentiel et distinctif de toute communauté que nous trouvons dès l'époque reculée où nous avons relevé la première apparition de notre régime.

Mais si ce premier caractère est aussi ancien que la communauté, qui ne saurait exister là où nous ne la rencontrons pas, il n'en est pas de même des autres, et pendant bien longtemps nous n'apercevons aucune trace de plusieurs institutions qui nous semblent aujourd'hui indispensables à l'économie de notre régime. C'est ainsi que la renonciation, longtemps inconnue, s'est introduite d'abord au profit des seules femmes nobles, pour ne s'étendre aux roturières que lors de la deuxième rédaction de la Coutume de Paris¹. La sé-

compter du jour des nocces, sont communs en biens meubles » etc... La Coutume du Maine dans sa seizième partie consacrée à la communauté de biens, dit à l'art. 508 : « Homme et femme qui ont esté en mariage par an et par jour à compter du jour des nocces sont communs... ». Il en est de même dans le Grand Perche, titre V, art. 102 de la Coutume. Enfin la disposition qui nous occupe est reproduite dans la Coutume de Châteauneuf-en-Thimerais, chapitre IX, art. 66 et dans celles de Chartres, chapitre X, articles 57, 58 et 59, et de Dreux, chapitre X, article 48.

1. L'art. 115 de l'ancienne Coutume de Paris s'exprimait ainsi : « Item, il est loisible à une noble femme, atraite de noble lignée

paration de biens, si importante sous le régime de communauté, ne se trouve également qu'assez tard; cependant on la rencontre dans la première rédaction de la Coutume ¹.

Si ces deux protections, que notre loi accorde aujourd'hui à la femme, ne furent admises que tard, il en est de même de la théorie des récompenses qui doit faire l'objet de cette étude. Nous sommes donc amenés, avant de nous en occuper, à indiquer brièvement ce qu'étaient les droits et les pouvoirs du mari avant les

et vivant noblement, de renoncer, si bon luy semble, après le trespas de son mary, à la communauté des biens d'entre elle et sondit mary, la chose estant entière : et, en ce faisant, demourer quitte des debtes mobilières deues par sondit feu mary, au jour de son trespas ». Il fut ainsi réformé par l'art. 237 de la nouvelle Coutume : « Il est loisible à toute femme, noble ou non noble, de renoncer, si bon luy semble, après le trespas de son mary, à la communauté des biens d'entre elle et sondit mary, la chose estant entière. Et, ce faisant, demeurer quitte des dettes mobilières deues par sondit mary, au jour de son trespas, *en faisant faire bon et loyal inventaire* ». Cette extension du droit de renoncer avait déjà été réalisée dans la pratique par des arrêts se basant sur cette observation de Dumoulin sur l'art. 115, que la femme ne peut être tenue des faits de son mari outre sa part de communauté; autrement le mari pourrait vendre et hypothéquer ses propres, ce que défend la Coutume.

1. Il est à remarquer que dans la deuxième tout comme dans la première rédaction de la Coutume de Paris, il n'est parlé de la séparation de biens qu'incidemment, lorsque la Coutume examine la question de savoir si la femme mariée peut ester en jugement. L'art. 106 de l'ancienne Coutume reproduit dans l'art. 224 de la nouvelle s'exprime ainsi : « Item, une femme ne peut estre en jugement, sans le consentement de son mary, sinon qu'elle soit séparée. »

limitations que devaient leur apporter notre théorie.

Le principe est celui qui subsiste jusqu'à la rédaction du Code civil : le mari est seigneur et maître de la communauté. Mais il a alors une portée bien autrement étendue que celle qu'il conservera dans les derniers siècles. Il doit être pris dans son sens le plus étroit et signifie que, au moins pendant le mariage, la communauté est la chose du mari qui en dispose à son gré ; quant à la femme, selon l'expression énergique de Dumoulin, « *non est socia sed speratur fore* ». La femme n'a rien que l'espoir de prendre, au jour de la dissolution, sa part dans la communauté, si elle est bonne.

Les textes prouvent jusqu'à l'évidence que la situation était bien telle que nous venons de le dire et que le mari était le maître absolu de la communauté jusqu'à la dissolution du mariage. Les inconvénients n'étaient pas au reste aussi grands qu'ils pourraient le paraître au premier abord, car ce droit de disposition n'existait que pour les meubles, et l'on sait le peu de cas qu'en faisait notre ancien droit.

A la fin du XIII^e siècle, Beaumanoir nous affirme encore ces droits si complets du mari sur la communauté, dans son chapitre LVII, consacré aux *Mautalens entre époux*. Après avoir exposé, que trop souvent les rapports entre époux sont devenus tels, qu'ils ne peuvent demeurer ensemble, soit par la faute de l'un d'eux, soit par leur faute commune, il dit que la femme, en présence de la situation qui lui est faite par la sépara-

tion de corps, demande qu'on lui donne, pour assurer sa subsistance, une partie des biens communs. Il conclut que si la femme demande le partage de la communauté, on ne doit pas y procéder, « *car li maris, de drois communs, est sire de ses biens et des biens à se feme.* » Cependant une hypothèse pouvait se présenter où on lui accordait sur sa demande, non pas le partage, mais ce qui lui était nécessaire pour assurer sa subsistance, c'était celle où le mari, « *par folie et sans reson l'a boutée hors d'entor li.* »

Au numéro 4 du même chapitre, Beaumanoir indique encore quelques circonstances particulières dans lesquelles on pouvait attribuer à la femme une certaine somme d'argent, mais dans lesquelles, malgré tous les torts du mari, il ne pouvait y avoir division de la communauté. Et même alors, si le mari proposait de la reprendre ou de l'entretenir dans un couvent, il était impossible à la femme de rien obtenir.

Ces quelques cas exceptés, la femme ne pouvait se faire attribuer aucune partie de la communauté avant la dissolution du mariage, même lorsque son mari l'avait battue, si toutefois, ajoute Beaumanoir, « *il n'estoit pas coustumiers de li batre.* »

Le principe est donc bien celui-ci : dans quelques hypothèses rigoureusement déterminées, la femme pouvait obtenir une pension alimentaire, comme nous dirions aujourd'hui, mais jamais il n'y avait lieu au partage de la communauté.

Cette règle que le partage de la communauté ne saurait être antérieur à la dissolution du mariage, subsista fort longtemps; nous avons vu, en effet, qu'on ne trouve la séparation de biens que dans la deuxième rédaction de la Coutume de Paris, au moins comme règle générale applicable à toutes les classes de la société.

Longtemps aussi on admit les pouvoirs absolus du mari tant que dure la communauté. Ces pouvoirs de disposition augmentèrent même, car, à l'origine, ils portaient seulement sur les meubles, et, pour qu'il pût disposer des immeubles, il fallait la collaboration de sa femme à l'acte. Cette entrave au droit de disposer des conquêts immeubles n'existait plus au moment de la rédaction des Coutumes; pour s'en convaincre, il suffit d'en lire quelques-unes. C'est d'abord l'ancienne Coutume d'Orléans qui, dans son article 68, établit que le mari est souverain maître de la communauté dont il dispose à son gré de son vivant, pour moitié seulement après sa mort.

L'article 271 de l'ancienne Coutume de Sens est encore plus précis ¹ : le mari peut disposer de la com-

1. L'art. 271 de l'ancienne Coutume de Sens établit très nettement ce droit absolu du mari et l'oppose au simple droit d'administration qu'il possède sur les biens propres de sa femme : « L'homme marié durant et constant son mariage a le gouvernement et administration des biens meubles et conquests immeubles, ensemble des fruits des propres héritages et douaire de sa femme, et en peut disposer ledit

munauté, meubles et immeubles, *même sans l'avis et le consentement de sa femme.*

On pourrait croire que les conquêts, étant généralement le produit du travail ou de la bonne administration du mari, il était tout naturel de lui en laisser la libre administration, et d'admettre que, les ayant fait entrer dans la communauté, il avait le droit de les en faire sortir à son gré. Ce n'est pas cependant cette raison qui avait fait accorder au mari les droits si étendus qu'il possédait sur les biens de la communauté. Ses pouvoirs de disposition avaient leur source dans sa qualité de mari, chef du ménage. C'est ce qui résulte avec évidence de l'article 81 de la coutume de Troyes : « *Le mary peut, par contrats entre vifs, faire et disposer à son plaisir de tous les biens meubles, debts et conquests immeubles faits durant et constant le mariage de luy et de sa femme, sans le consentement de ladite femme ; soit que lesdits conquests soient faits par eux ou l'un deux* ». La règle est donc la même, que le mari ait collaboré à l'acquisition du conquêt, qu'il l'ait faite seul, ou même qu'elle soit l'œuvre de sa seule femme. Cet article vient encore à l'appui de ce fait que nous avons déjà eu l'occasion de constater que, les droits du mari, d'abord limités aux meubles, ont

mariage durant, sans l'avis et consentement de sa dite femme : mais de la propriété desdits héritages et douaire, il n'en peut disposer sans le vouloir exprès et consentement d'icelle. »

pris une bien plus grande extension, puisque nous les voyons s'étendre aux conquêts immeubles.

Non seulement le mari peut disposer entre vifs de cet avoir commun, mais il peut encore le compromettre par ses délits. Beaumanoir ¹ nous l'apprend de telle manière qu'il n'est pas possible de douter que le mari, pendant le mariage, ne soit le souverain maître de la communauté et ne puisse la dissiper comme il le veut, en disposer comme il l'entend.

1. Beaumanoir, *Coutumes de Beauvaisis*, chapitre XXX, nos 99 et 100.

CHAPITRE II

DES RÉCOMPENSES.

Nous allons étudier dans ce chapitre l'origine et le développement de la théorie des récompenses dans notre ancien droit, et nous le diviserons en trois parties, pour examiner successivement : dans une première section, les causes qui ont conduit à créer la théorie des récompenses ; puis, entrant dans le détail, nous consacrerons une deuxième section aux principaux cas de récompenses dues par la communauté ; dans notre troisième section, enfin, nous passerons en revue les récompenses dues par l'un des conjoints à la communauté.

SECTION 1^{re}. — Origines de la théorie des récompenses et influences qui ont amené son introduction.

Nous venons de constater que le mari avait sur la communauté, aux XIII^e et XIV^e siècles, le pouvoir le plus large qu'il soit possible de posséder sur des biens :

celui d'un propriétaire, dont rien ne vient entraver le droit de disposer de sa chose comme il l'entend. Il s'en suit qu'il pouvait se servir des biens de la communauté pour faire des améliorations sur le fonds qui lui appartenait ou sur l'héritage propre de sa femme, lui faisant ainsi une donation, ou, dans le premier cas, s'enrichissant aux dépens de l'avoir commun. Ces actes qui, aujourd'hui, ne nous semblent pas admissibles, paraissent alors tout naturels et bien en harmonie avec la conception qu'on avait à cette époque de la communauté. Étant donnés les droits du mari, seigneur et maître de la communauté, cela allait de soi : il pouvait dissiper l'avoir commun ; ne devait-il pas, tout aussi bien, pouvoir l'employer à faire une donation à sa femme, ou ne valait-il pas mieux qu'il s'enrichit en l'employant sur ses biens que d'aller en faire profiter un tiers ? Il devait en être ainsi tant que la communauté conserverait son caractère primitif d'association intime, faite toute d'affection naïve et de confiance réciproque.

Ce n'était pas tout. La distinction si tranchée des trois patrimoines : du mari, de la femme, de la communauté, avec les comptes qu'ils se doivent, était inconnue alors avec le sens que nous lui donnons de nos jours. De là découlait une conséquence importante : que le mari ou la femme vinssent à vendre un de leurs propres, le prix en tombait dans la communauté, comme tous les meubles. Toute vente d'un propre avait

donc ce double résultat : d'appauvrir d'une part l'époux à qui il appartenait, qui en perdait la moitié, et, d'autre part, d'enrichir son conjoint, qui gagnait cette moitié. En effet, lors de la dissolution du mariage, la communauté se partageait en deux parties égales, et, avec elle, le prix du propre, qui était venu s'y confondre en vertu du principe que tous les meubles tombent en communauté.

Cette situation était possible et acceptable à l'origine pour un double motif : d'abord à raison de cette intimité d'union dont nous avons parlé et ensuite parce que les ventes de propres étaient très rares. Elles n'étaient pas fréquentes parce que le prêt à intérêt était défendu ¹ ; on n'aurait donc su que faire du prix et l'on ne vendait que dans les cas où l'on était pressé par le besoin ou bien lorsqu'on avait l'occasion de le remployer immédiatement en faisant une opération avantageuse. D'autre part, lorsqu'on voulait vendre, il n'était pas toujours facile de trouver quelqu'un qui fût en mesure d'acheter l'immeuble à beaux deniers comptants. L'argent était rare à cette époque. On était alors obligé de procéder par voie de bail à rente, c'est ce qui

1. La prohibition du prêt à intérêt était fondée sur un texte de l'Évangile : « *Mutuum date, nil inde sperantes.* » S. LUC, ch. VI, 35, — Elle subsista pendant toute la durée de notre ancien droit et ce fut seulement le décret du 3 octobre 1789 qui autorisa le prêt à intérêt au taux légal.

arrivait le plus généralement ¹. Il s'en suivait que l'absence de la théorie des récompenses avait moins d'inconvénients et que son besoin se faisait moins sentir, car la rente était propre et subrogée à l'immeuble qu'elle représentait, dans le patrimoine du conjoint aliénateur.

Mais, cela ne pouvait durer toujours, et lorsque cette union si intime des corps et des biens commença à diminuer, d'abord par l'affaiblissement de la foi religieuse, et que cette communauté de croyances que nous avons relevée fut moins vive ², d'autres principes

1. Le bail à rente rendait, dans l'ancien droit, un grand nombre de services qui expliquent la faveur dont il jouissait. C'était, pour la classe laborieuse, les paysans, un moyen de se procurer des terres qu'ils n'auraient pu acheter faute de capitaux : le propriétaire les leur cédait en se réservant une rente foncière perpétuelle, irrachetable et immobilière. C'était aussi un contrat fort avantageux pour le bailleur ; s'il n'avait pas immédiatement besoin d'argent, qu'eût-il fait de son prix de vente à une époque où le prêt à intérêt était interdit ? il lui eût fallu l'avancer moyennant une rente rachetable. Ce n'était que reculer le moment où cet argent l'embarrasserait faute de savoir comment l'employer, tandis que le bail à rente fournissait un placement sûr et durable.

2. La foi religieuse est certainement encore très forte, mais elle n'a plus cependant la même intensité qu'aux siècles précédents. Le premier fait qui signale le ralentissement de l'ardeur religieuse est le peu d'empressement avec lequel furent accueillies les deux dernières croisades. Autrefois il suffisait de pousser le cri de « Dieu le veut » pour entraîner des milliers d'hommes vers la Terre-Sainte. Sous Saint Louis le zèle s'est singulièrement refroidi, et nous trouvons dans

vinrent modifier ceux qui avaient été reçus jusqu'alors. On commença à voir, qu'à côté de l'union des âmes, il y avait des biens, et qu'il fallait s'en occuper, non plus seulement comme d'un accessoire négligeable, mais comme d'un élément considérable, et l'association des personnes n'étant plus la seule prise en considération, celle des intérêts entra à son tour en ligne de compte. D'abord subordonnée à l'autre, elle grandit peu à peu et d'une façon continue pour arriver à devenir au moins son égale, et, dans bien des cas, pour prendre place au premier rang.

C'est cette idée nouvelle qui amena, dans notre droit coutumier, l'introduction de la théorie des récompenses

L'ouvrage de Joinville l'écho de ce que les hommes du XIII^e siècle pensaient des croisades. A l'élan aveugle qui précipitait naguère les croisés sur la Palestine a succédé le calcul, et, lorsque le roi veut l'emmener avec lui lors de sa deuxième croisade, Joinville refuse : « Je fu mout pressez dou roy de France et dou roy de Navarre de moy croisier. A ce respondi-je que tandis comme je avoie estei ou servise Dieu et le roy outre-mer, et puis que je en reving, li serjant au roy de France et le roy de Navarre m'avoient destruite ma gent et et apovroiez ; si que il ne seroit jamais heure que je et il n'en vausissent pis. Et lour disoie ainsi, que se je en vouloie ouvrer au grei Dieu, que je demourroie ci pour mon peuple aidier et deffendre ; car si je metoie mon cors en l'aventure dou pelerinaige de la croiz, là où je véoie tout cler que ce seroit au mal et au doumaige de ma gent. » *Histoire de Saint-Louis*, chap. CXLIV, p. 261 de l'édition N. DE WAILLY pour la Société de l'Histoire de France. — On le voit, l'enthousiasme n'est plus assez fort pour faire oublier les intérêts. La cessation des croisades tient sans doute à d'autres causes, mais l'affaiblissement de la foi religieuse y est pour beaucoup. — Rambaud, *Histoire de la civilisation française*, t. I, p. 492.

qui devait prendre, avec le cours des siècles, une si grande importance et être enfin formulée par Pothier avec une si admirable clarté, que les rédacteurs du Code civil n'auront qu'à la lui emprunter pour la faire passer tout entière dans leur œuvre, en se bornant à y faire quelques modifications de détail.

Sous quelles influences cette théorie s'est-elle développée, et de quelle façon a-t-elle peu à peu grandi, jusqu'à rendre difficilement compréhensible pour nous un régime de communauté où elle n'existerait pas ? C'est ce que nous allons avoir à rechercher.

Le développement de la communauté devait fatalement amener la création de la théorie des récompenses dès que, l'union cessant d'être aussi complète, la question d'intérêt apparaîtrait grandissante. C'est ce qui arriva. On s'aperçut des inconvénients que présentait l'organisation antérieure et on chercha les moyens d'y remédier.

Ce qui frappa d'abord, ce furent les abus de pouvoir possibles de la part du mari que rien ne venait arrêter dans l'ancien système. Il peut agir sur sa femme de mille manières pour la décider à vendre ses propres et acquérir ainsi la moitié du prix qui sera payé par l'acquéreur. Bien souvent, la femme ne se rendra pas compte du danger qu'il y a pour elle à cette vente dont l'effet sera de diminuer son patrimoine dans une forte mesure. Souvent aussi, elle verra bien qu'il doit en résulter une perte pécuniaire pour elle, mais, emportée

par son affection pour son mari, elle n'hésitera pas à lui sacrifier ses intérêts. Enfin, dans d'autres cas, la femme verra le péril : elle voudrait résister, mais ne le pourra pas, soit qu'elle redoute de troubler la bonne harmonie du ménage, soit qu'après de vaines tentatives de résistance, elle cède à la pression qu'exercera son mari de bien des manières. Les moyens que le mari peut employer pour amener sa femme à faire ce qu'il désire sont, en effet, nombreux, et la pratique n'en offre que trop d'exemples.

On pensa, avec juste raison, qu'il fallait prévenir les abus possibles, et de là vint l'idée d'accorder une récompense à la femme toutes les fois qu'elle aurait vendu un de ses propres. On décida que le prix du propre tomberait bien toujours dans la caisse commune, mais, au jour de la dissolution, la communauté qui l'a reçu devrait en tenir compte à la femme ou à ses héritiers.

Cette crainte des abus d'autorité dont le mari peut se rendre coupable ne pouvait plus servir à fonder le droit à une récompense dans le cas où c'était le mari qui avait vendu un de ses immeubles personnels. Généralement c'est lui qui a le plus d'influence ; il ne subit pas celle de sa femme, loin de là. Cependant, à la longue, il pouvait paraître juste de traiter les deux conjoints de la même façon : le mari n'a pas subi la pression de sa femme, soit, mais il y a cependant quelque chose de choquant à ne pas lui reconnaître les mêmes

droits. La femme pouvait très bien (et le fait se présentait souvent) avoir vendu son propre sans que le mari ait commis aucun abus d'autorité reprehensible ; c'était peut-être une excellente opération et il ne fallait pas laisser échapper l'occasion qui se présentait. Eh ! bien, même alors, la femme avait droit à récompense ; pourquoi donc, si le mari avait agi de même, dans un cas semblable, n'aurait-il pas, lui aussi, récompense ? Et il est bon de remarquer que, les ventes devenant de plus en plus fréquentes par l'augmentation du numéraire, le raisonnement devait se reproduire souvent et prendre de plus en plus de force.

Cependant il n'aurait pas suffi à créer des récompenses au profit du mari, ou, en tout cas, son action eût été très lente et ne se serait fait sentir qu'à la longue. Il serait sans doute inexact d'exagérer son importance, nous croyons cependant qu'il ne convient pas non plus de la négliger.

Il fallait donc une raison plus puissante, la prohibition des donations entre époux la fournit en venant s'ajouter au motif d'analogie que nous avons mentionné. Cette prohibition, imitée du droit romain, était fondée sur les mêmes motifs qui l'avaient fait admettre à Rome. C'est ce que disent nos anciens auteurs et, entre autres, Ferrière ¹, dont nous ne saurions mieux faire que de

1. Ferrière, *Nouveau commentaire sur la Coutume de la Prévôté et Vicomté de Paris*, sur l'article 282.

citer les quelques lignes qui suivent : « *Cet article qui était de 156 de l'ancienne Coutume, n'a pas besoin d'interprétation ; il est fondé sur les lois romaines, l. 12 et 3 De donatio. inter vir. et uxor.*¹, lesquelles ont défendu les libéralités entre conjoints par mariage par une sage prévoyance ne trouvant pas à propos que l'affection qui doit unir et lier les cœurs des maris et des femmes se pût acquérir et conserver par des avantages et des présents, parce qu'il arriveroit souvent que l'amour immodéré de l'un des deux le pousseroit aveuglément à se dépouiller de tous ses biens en faveur de l'autre ; ou que l'un, par ses importunités pressantes, ou par des différends qu'il feroit naître à toute occasion pourroit contraindre l'autre d'acheter la paix et le repos aux dépens de ses facultés. »

C'est en se fondant sur ces motifs que les Coutumes, après le droit romain, avaient prohibé les donations entre époux. Telle était la règle, mais ici, comme dans toutes les matières du droit coutumier, nous trouvons

1. La loi 3 au Digeste, de *Donationibus inter virum et uxorem*, XXIV, 4, contient un principium ainsi conçu : « *Hæc ratio et oratione imperatoris nostri Antonini (Augusti) electa est : nam ita ait, majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis æstimantes, famæ etiam conjunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari videretur : neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret.* » C'est, on le voit, toujours le même motif qui a fait interdire les donations entre époux.

une grande diversité selon les régions¹. Dans certaines Coutumes qui ont suivi le droit romain de plus près on permettait les donations par testament, d'autres admettaient les donations entre vifs validées par la continuation de volonté, d'autres enfin distinguaient, selon qu'il y avait ou non des enfants.

Le droit commun nous est fourni par les Coutumes de Paris et d'Orléans² qui prohibaient tous avantages

1. Cette diversité tient à l'écart plus ou moins grand qui existe entre les Coutumes et le droit romain. Certaines Coutumes, suivant la règle posée dans la Constitution de Septime Sévère qui porte le n° 32 au Code *de Donat, inter vir. et uxur.*, VIII, 54, autorisaient les donations entre vifs validées par la continuation de volonté, d'autres permettaient seulement le testament, un dernier groupe distinguait selon qu'il y avait ou non des enfants.

2. Les art. 280 et 281 de la Coutume d'Orléans ne font que reproduire les art. 282 et 280 de la Coutume de Paris. Art. 282 : « Homme et femme conjoints par mariage, constant icelui, ne se peuvent avantager l'un l'autre par donation entre vifs, par testament ou ordonnance de dernière volonté, ni autrement, directement ou indirectement en quelque manière que ce soit, sinon par don mutuel, et tel que dessus ». Telle est la règle qui, de l'art. 282, passa dans la plupart des Coutumes. L'exception annoncée à la fin de notre article est prévue et réglée par l'article 280 : « Homme et femme conjoints par mariage, étant en santé, peuvent et leur loist faire donation mutuelle l'un à l'autre également de tous leurs biens, meubles et conquêts immeubles, faits durant et constant leur mariage, et qui sont trouvés à eux appartenir, et être communs entre eux à l'heure du trépas du premier mourant desdits conjoints, pour en jouir par le survivant d'iceux conjoints sa vie durant seulement, en baillant par ni caution suffisante de restituer lesdits biens après son trépas, pourvu qu'il n'y ait enfants, soit des deux conjoints ou de l'un d'eux lors du décès du premier mourant »,

directs entre époux, même par testament. Le seul qui fût autorisé était le don mutuel, et encore était-il l'objet d'une réglementation rigoureuse. Tout autre avantage, soit par testament, soit entre vifs, était nul d'une nullité absolue.

Le don mutuel qui restait seul autorisé était une donation entre vifs, égale et réciproque, faite au profit du survivant, qui portait sur l'usufruit de la part de communauté du prédécédé. Enfin, dans plusieurs Coutumes, les chances de survie devaient être à peu près égales entre les époux ; il fallait qu'il n'y eût pas plus de dix ans de différence entre les époux¹, et si, lorsque la donation était faite, l'un d'eux était malade, qu'il ne vint pas à mourir dans les quarante jours qui avaient suivi.

Cette interdiction si complète devait réagir sur le régime des biens dans la communauté entre époux et pousser à l'extension de la théorie des récompenses. En effet, sans elles, les conjoints peuvent, durant le mariage, se faire des donations quand bon leur semble, et, ce qui est plus dangereux, une donation qui sera irrévocable. Rien n'est plus facile : l'un des époux n'a qu'à vendre un de ses propres, le prix en tombera dans la communauté où vont tous les meubles, et son conjoint, lors de la dissolution du mariage qui entraînera

1. Voy. par exemple : *Coutume de Nicernais*, art. 27, au chapitre *Des Droits de Gens Mariez*.

le partage de la communauté, en prendra la moitié. Est-ce le mari qui veut faire une donation à sa femme? La chose est encore bien plus simple : inutile ici de vendre des propres, il suffit qu'il fasse des améliorations sur les héritages de sa femme, des réparations à ses bâtiments, des plantations sur ses terres, qu'il rachète les rentes qu'elle doit, les servitudes qui grèvent ses fonds.

Il n'y avait qu'un seul moyen d'éviter tout cela : les récompenses.

Enfin, une autre tendance de notre droit coutumier devait pousser encore à étendre les récompenses : c'était le désir de conserver les biens dans la même famille. Il y avait là un motif de plus pour accepter avec empressement une théorie dont l'effet était de maintenir dans leur intégrité les patrimoines respectifs du mari et de la femme. Sans doute les biens ne se retrouvent plus avec leur individualité propre, mais leur valeur au moins est conservée, elle reste et ne sera pas perdue pour la famille; les héritiers la retrouveront dans la succession du *de cujus*.

Voilà donc les divers motifs, tirés du droit coutumier, qui ont donné naissance à la théorie des récompenses : désir de protéger la femme contre les abus d'autorité du mari, d'empêcher les donations entre époux, de conserver intactes les fortunes des deux conjoints.

A tout cela il faut encore ajouter autre chose : l'imitation du droit romain qu'on retrouve partout à cette

période de la formation de notre ancien droit. C'est l'époque de la renaissance du droit romain qu'on étudie avec passion ¹ et dans lequel on veut voir l'origine de toutes nos institutions. La création romaine est, il est vrai, le régime dotal qui est l'opposé de notre régime de communauté ; mais les protections que le droit romain accordait à la dot, qu'il maintenait rigoureusement intacte, poussèrent encore à l'idée que nous signalions plus haut de conserver entier chaque patrimoine. Pour reproduire l'expression si juste de M. Gide, souvent citée : « *Par un système savant de reprises et de récompenses, on parvint à concilier ces deux choses inconciliables, la confusion des deux patrimoines et la conservation de chacun.* »

L'idée de protéger ainsi les intérêts de la femme contre le mari en limitant son autorité jadis absolue,

4. La renaissance du droit romain, commencée au milieu du XI^e siècle, atteignit son plein développement au XII^e et la vogue du « droit » comme on l'appelait, désignant par ce seul mot ce qu'on regardait comme la législation par excellence, fut telle, qu'à partir du XIV^e siècle, certaines branches du droit privé sont, par toute la France, régies par le droit romain. (Esmein, *Cours élémentaire d'histoire du droit français*, 2^e édit, p. 716 et suiv.). L'exagération fut telle qu'on en arriva à traiter de « droit haineux » tout ce qui n'était pas emprunté aux lois romaines.— « Droit haineux est le droit qui, par le moyen de la Coutume du pays, est contraire au droit écrit ». Boutillier, édit. Charondas de 1603, p. 3. « En pays coutumiers, les Coutumes qui sont contraires au droit écrit gâtent et détruisent le droit, et sont appelées haineux droit ». *Cout. de Charles VI*, p. 102, édit. Charondas de 1597.

est bien une idée romaine qui a pénétré peu à peu dans notre législation qui, au cours des siècles, s'est toute imprégnée de droit romain par une infiltration lente et continue. En effet, l'esprit du régime dotal, c'est la séparation, au lieu de l'association d'intérêts entre époux; or, le système des récompenses tend bien à ce résultat: on veut, grâce à elles, maintenir l'intégralité du patrimoine propre de chaque époux, le laisser soigneusement séparé de celui de son conjoint. Ce système, poussé jusqu'à ses extrêmes limites, donnera la communauté d'acquêts où toute la fortune personnelle des époux, les meubles aussi bien que les immeubles, leur reste propre.

Et le droit romain, qui fournissait ainsi la règle, en donnait aussi des applications qu'il était facile de transporter chez nous. La théorie des *retentiones propter impensas* pouvait être appliquée presque sans modifications. Lorsque le mari a fait, avec l'argent commun, des dépenses sur son propre fonds ou sur celui de sa femme, il semble bien naturel, et aussi bien juste, d'adopter les règles romaines et de distinguer selon qu'il s'agit d'une impense nécessaire, utile, voluptuaire. C'est ce qu'on fit, et presque tous nos anciens auteurs applaudirent sans réserves à cette application du droit romain. Il leur sembla, en effet, fort équitable de décider que les impenses nécessaires seraient toujours remboursées à la communauté qui les avait faites, puisque, sans elles, l'immeuble sur lequel elles portent n'existerait plus,

que les impenses utiles seraient remboursées dans la mesure où elles avaient constitué une bonne opération, que les impenses voluptuaires enfin, qui sont de pur luxe, ne le seraient jamais.

Telles sont les influences multiples qui contribuèrent à former notre théorie qui n'existait pas avant le XIV^e siècle. Bien loin de la trouver avant cette époque, il est facile de voir dans les textes la preuve évidente qu'elle n'existait pas : Beaumanoir n'en parle pas dans ses *Coutumes de Beauvaisis*. Les *Etablissements de Saint-Louis* vont plus loin encore : dans un cas où, plus tard, une récompense sera due, ils disent formellement qu'il n'y a à payer aucune indemnité ¹.

Ce système était en parfaite harmonie avec notre très ancien droit, qui ne semble pas avoir connu la prohibition des donations entre époux. Mais, sous les influences diverses que nous avons *relatées*, les récompenses s'introduisent dans quelques cas dès le XIV^e siècle et se développent surtout au XVI^e, lors de la rédaction des Coutumes, amenant avec elles une com-

1. Le passage des *Etablissements* auquel nous faisons allusion, se trouve au livre I, chap. 143. Il est à la page 280 dans le tome II de l'édition remarquable que M. Viollet a donnée des *Etablissements de Saint-Louis* : « Se aucuns gentis hom ou costumiers avoit prise fame, et il aüst fait en la terre à la fame bones maisons ou bones vignes plantées, et sa fame se morist sanz oir, tuit li amandement qu'il avroit faiz en la terre sa fame si remoiñdroient au lignage de par sa fame ; ne ja li lignages de part la fame ne li en feroit retour, se il ne voloit. Et itant gueaigne qui met amandement en autrui heritage ».

plexité de comptes entre les trois patrimoines, qui eût peut-être été impossible auparavant.

Il nous faut passer maintenant en revue les divers cas de récompenses dans notre ancien droit pour étudier les plus importants. Cet examen nous amènera jusqu'à Pothier qui résume l'œuvre de ses devanciers dans son magistral traité de la Communauté, aux numéros 584 et suivants, et aussi dans le chap. VI de son Introduction au titre de la Communauté, qui précède son commentaire sur le titre X de la Coutume d'Orléans.

Une fois admise la règle que, les trois patrimoines, réunis pour la facilité de l'administration sous la main du mari, ne doivent pas s'enrichir les uns aux dépens des autres, il y a lieu, lors du partage, de procéder à la liquidation des diverses dettes qu'ils peuvent se devoir. La distinction fondamentale apparut d'elle-même : certaines sommes sont en effet dues à la communauté, d'autres le sont par elle, quelquefois enfin c'est un des époux qui est débiteur de l'autre. De là, la division des récompenses en récompenses dues par la communauté ou à la communauté, ou par l'un des conjoints à son conjoint. Elle ne fut pas, dès le début, formulée avec cette netteté, mais elle s'introduisit vite et nous la trouvons de bonne heure.

SECTION II. — Récompenses dues par la communauté à l'un des conjoints.

Cette section comprendra, en quatre paragraphes, l'étude des questions suivantes :

§ 1. — Récompenses dues pour la vente d'un immeuble propre à l'un des époux ;

§ 2. — Récompenses dues pour le rachat de rentes actives propres à l'un d'eux ;

§ 3. — Comment, dans quel ordre et sur quels biens s'exerçaient les récompenses ;

§ 4. — Que devait comprendre la récompense.

§ 1. — *Récompenses dues pour la vente d'un immeuble propre à l'un des époux.* — Un des principaux cas de récompenses dues par la communauté était la vente d'un propre des époux. C'est celui qui présentait les plus grands inconvénients et il a probablement été le premier créé ; sur lui sont venus se façonner les autres, qui n'en sont guère que des variantes.

Pendant longtemps il ne fut rien dû et, lorsqu'un immeuble propre à l'un des époux était vendu, le prix tombait en communauté. Peu à peu une coutume s'introduisit qui fut l'origine des récompenses. L'époux qui se décidait à vendre un de ses propres devait, s'il vou-

lait éviter que le prix vint se perdre dans la communauté, stipuler un remploi.

Bien que cet état de choses ait été modifié dans la plupart des Coutumes, lors de la réformation, certaines d'entre elles ont maintenu la nécessité de cette stipulation.

La Coutume de Sens dans son article 286, exige que la femme, lors de la vente de son propre, au plus tard, stipule une récompense ; elle n'aurait pu le faire valablement après ; et même, si le mari consentait à faire le remploi, ses héritiers n'en étaient pas tenus. L'article 277 contient encore une autre condition : si l'un des époux vend son propre et que, des deniers provenant de la vente, il rachète un autre héritage, celui-ci ne formera pas un propre, mais un conquêt. Il en sera ainsi, à moins qu'il n'ait été stipulé, lors de la vente, que les deniers seront employés en un autre héritage ¹.

1. La Coutume de Sens on le voit est restée stationnaire, et alors que beaucoup d'autres qui contenaient des dispositions semblables, les abandonnaient lors de leur réformation, elle se borne à reproduire sans modifications le texte de ses anciens articles 283 et 274. L'article 286 de la Coutume de Sens est ainsi conçu : « Si un homme vend l'héritage de sa femme, et en la vendition faisant, ou auparavant icelle, il luy promet la recompense, ou luy acheter autant d'héritage, telle promesse et compensation vaut. Mais si par long trait de temps après il faisoit ladite promesse, elle ne prejudiciera en rien à ses heritiers ». Mais cela ne suffit pas et l'article 277 est encore plus exigeant : « Si l'un desdits mariez vend son propre heritage, et des deniers d'icelle vente, achete autre heritage, ledict heritage ains

L'article 239 de la Coutume réformée de Bourbonnais va encore plus loin, il veut que la déclaration que la vente est faite à fin de remploi ait lieu devant le juge compétent ou devant deux notaires ¹.

Il n'y a pas de doute possible en présence des déclarations si nettes que contiennent les articles dont nous avons rapporté la teneur. Mais la situation ne pouvait demeurer telle. Il arriva ce qui se produit souvent : cette clause de remploi ², rare à l'origine, se rencontra

acheté sera tenu et réputé conquest ; s'il n'est expressément dit et protesté en faisant la première vendition, que les deniers seront employez en autre heritage, qu'il sortira pareille nature et condition que l'heritage vendu, ou que l'autre desdits mariez le consente sans fraude ».

1. L'art. 239 de la Coutume de Bourbonnais exige en outre que lors de la nouvelle acquisition il soit déclaré qu'elle est faite des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble propre : « Si le mary ou la femme de l'auctorité de son mary, vend son héritage constant leur mariage, pour employer en autre héritage au profit du vendeur, affirmation faite lors de ladite vente on auparavant, pardevant le juge compétent ou devant deux notaires, et tost après ladite vente, lesdits deniers ou partie d'iceux, sont employez en acquisition d'autres héritages, en déclarant et affermant lors de ladite acquisition, que c'est des deniers procédans de ladite première vendition, en ce cas l'héritage acquis desdits deniers, est subrogé et de mesme nature qu'estoit celui qui a esté vendu, jusques à la concurrence de la somme contenue en la première vendition : et le semblable est observé en deniers baillez pour la dot de ladite femme, qui doivent estre convertis en héritages : car l'héritage qui sera déclaré par le mary, faisant ladite acquisition, estre acquis desdits deniers est propre à la femme. »

2. La stipulation de remploi était généralement accompagnée

de plus en plus fréquemment et finit par devenir de style. Aussi la Coutume de Paris, lors de sa réformation de 1580, en fait-elle une règle qui s'appliquera dans tous les cas, sans qu'il soit dorénavant nécessaire d'aucune stipulation pour qu'une récompense soit due au cas d'aliénation d'un propre par l'un des conjoints au cours du mariage. Règle excellente qui écartait les effets ruineux qu'aurait produits l'oubli de la stipulation de emploi ¹.

Nous pouvons, sur le point qui nous occupe, relever un détail curieux dans la nouvelle Coutume de Bourbonnais. Après avoir exigé, dans son article 239, que

d'une assignation, soit sur les conquêts, soit sur les propres du mari. M. Esmein en donne un exemple dans son étude sur la nature des reprises dans les rapports des époux entre eux, *Revue Critique*, 1877, p. 85. « Estant convenu par le contrat de mariage que si le mari vend les biens propres de sa femme il sera tenu de les remployer en acquisitions d'héritages qui seront propres à sa dite femme et s'il ne fait le dict emploi, lui assigne iceluy sur tout et chacun desdits héritages et biens immeubles et l'un d'iceux tel que sa femme voudra choisir à la charge de le pouvoir racheter par ses héritiers en rendant la somme pour laquelle les biens de ladite femme auront été vendus, un an après dissolution du mariage ». Charondas le Caron. *Réponses du droit français*, VII, n° 46.

1. Art. 232, de la *Coutume de Paris*. — Un arrêt du 24 juillet 1584, rapporté par Brodeau sur Louet, lettre R n° 24, décide que le remploi des propres de la femme doit être fait sur les premiers acquêts de la communauté et c'est seulement si le mari n'a pas fait le remploi lors de la dissolution qu'il y aura récompense. — Bourjon, *Droit Commun de la France*, VI^e partie de la Communauté, ch. II, n° 25. — Renusson, *Traité des Propres*, ch. IV, sect. III, n° 6.

l'obligation de faire le remploi soit stipulée devant le juge compétent ou devant deux notaires, elle ajoute, dans son article 240, se mettant en contradiction avec elle-même, que si les deniers de la vente ne sont pas encore payés lors de la dissolution du mariage, ils seront propres. Sans doute il est possible d'expliquer cette disposition de la Coutume de Bourbonnais en observant que la cause pour laquelle les deniers provenant de la vente d'un propre sont communs, nous voulons dire leur entrée dans la caisse de la communauté où ils viennent se confondre avec les autres meubles, n'existe pas ici. Il n'en reste pas moins un manque d'harmonie dans les dispositions de la Coutume : si le paiement a été fait avant la dissolution du mariage, nous aurons des deniers communs, s'il ne l'a pas encore été, nous aurons des propres. Nous sommes cependant ici en présence d'une créance mobilière et qui, comme telle, devrait figurer à l'actif de la communauté et se diviser entre les époux ou leurs représentants.

C'est une disposition qu'il faut rapprocher de celle de l'art. 747 *in fine* du Code civil ordonnant que si le bien donné par l'ascendant ne se retrouve pas en nature lors du prédécès de son descendant, il ne pourra en réclamer le prix, à moins qu'il ne soit encore dû. Dans l'art. 747 du Code civil, de même que dans l'art. 240 de la Coutume de Bourbonnais, la loi substitue la créance du prix à l'immeuble dont il s'agit pour l'at-

tribuer à son lieu et place, soit à l'ascendant donateur dans le Code civil, soit au conjoint à qui appartenait l'immeuble dans la Coutume. Il faut voir dans cette disposition de la Coutume de Bourbonnais une des manifestations du courant qui a porté à donner au conjoint droit à une récompense s'il n'y a pas eu emploi. Manifestation d'autant plus remarquable qu'elle se produit dans une Coutume qui ne l'a pas admise en principe comme règle générale et qui ne donne la récompense que dans ce cas particulier.

Quoiqu'il en soit de cet article, la règle écrite dans la presque universalité des Coutumes est celle de l'article 232 de la Coutume de Paris qui assure au conjoint une récompense dans tous les cas et qui, comme la question avait soulevé de nombreuses discussions, prend ses précautions pour les éviter à l'avenir en ajoutant, dans sa phrase finale: « *encore qu'en vendant n'eût été convenu de emploi ou récompense et qu'il n'y ait eu aucune déclaration sur ce fait* ».

L'article 192 de la Coutume réformée d'Orléans, reproduisit l'article 232 de la Coutume de Paris, et cette disposition passa de là dans la plupart des Coutumes à raison de la grande influence ¹ qu'exerçait la Coutume

1. Guy Coquille nous rapporte cette influence en des termes qui valent la peine d'être relevés à raison de la précaution qu'il prend de commencer par dire que Paris et les Parisiens ne valent pas mieux que les autres régions de France et leurs habitants. Après avoir cité

de Paris comme la plus parfaite expression du droit moyen de notre ancienne France et surtout à cause du soin extrême avec lequel, lors de sa réformation, on y avait inséré tout ce qui avait semblé bon, soit dans les autres Coutumes, soit dans les solutions de la jurisprudence, soit enfin dans les dispositions du droit écrit.

L'extension de l'article 232 de la Coutume de Paris aux Coutumes qui, sans régler ce point par une disposition spéciale, interdisaient les donations entre époux, allait de soi. Mais la question, plus embarrassante, se posait de savoir ce qu'il y avait lieu de faire dans les coutumes muettes sur ce point lorsqu'on se trouvait dans une région où les donations entre époux n'étaient pas prohibées pendant le mariage. Notre article ayant surtout pour but de les prévenir, il semble donc qu'il ne devait plus être appliqué, son objet ayant disparu,

une solution de la Coutume de Paris qui était admise dans les régions soumises à la Coutume de Nivernais, il ajoute : « Je crois qu'il est bien à propos qu'en nostre Coustume ainsi soit jugé ; non pas que la Coustume de Paris doive servir de loy à nous : car le peuple de la Prévosté de Paris n'a aucune supériorité sur le peuple de ce pays ; et en fait d'Estats et de Coustume ils sont à party pareil. Mais comme en la France coutumière nous nous servons des loix des Romains, pour la raison politique qui y est, ainsi la Coutume de Paris avisée, délibérée, et dictée par personnages de grand et excellent sçavoir et de grande expérience, nous doit servir de raison pour juger es cas esquels nostre coustume ne disposa rien ». Guy Coquille, *Questions et Responses sur les Articles des Coustumes de France*, quest. 188.

toutes les fois que la question se posait pour un pays où la Coutume permettait aux époux de se faire des donations. Du moment que les conjoints peuvent se donner directement, pourquoi ne le pourraient-ils pas indirectement en vendant un propre dont le prix devait tomber en communauté ? Le raisonnement semble bien exact et cependant tel était l'empire de la Coutume de Paris que ses dispositions furent observées toutes les fois que dans le silence de la Coutume il fallait une règle d'interprétation. Brodeau, dans son recueil d'arrêts, dit que la jurisprudence se fixa en ce sens, car c'est une règle fort équitable ¹. On répliquait bien que tout emploi doit être prévu *aut a lege aut a conventionne* et que l'on ne se trouvait ni dans l'un ni dans l'autre cas, que, par conséquent, il n'était rien dû, ni emploi qui n'avait pas été stipulé, ni récompense. Malgré tout un arrêt rendu en la 3^e des enquêtes au rapport de M. des Croisettes, le 9 août 1613, cité par Brodeau, fixa la jurisprudence en sens contraire : on ne veut

1. Cette solution de jurisprudence que nous indiquons ne fut pas admise sans difficulté. C'est ainsi que nous voyons dans les notes de Brodeau sur les arrêts de Loüet que les anciens arrêts ne la consacraient point et n'admettaient pas que le emploi eût lieu sans stipulation (arrêts du 3 mai 1596 et du 23 mars 1614). Il faut arriver, pour voir la jurisprudence s'engager dans la voie que nous indiquons, en 1614, où un arrêt du 26 avril vint réformer une sentence du Bailli de Guise qui avait débouté les héritiers de la femme du emploi comme n'étant pas stipulé, alors que la Coutume (Cout. de Vermandois, dans l'espèce) ne l'imposait pas. Brodeau sur Loüet, lettre R, numéro 30.

permettre que les avantages résultant d'une volonté expresse et non équivoque. La Coutume ne prohibant pas les donations entre époux, il faut bien les reconnaître valables, mais, comme on les trouve dangereuses, on n'autorise que celles qu'il est impossible d'interdire sans violer le texte de la Coutume. Ici on dit que la volonté de faire une donation n'est pas certaine, elle ne résulte pas forcément de la vente d'un immeuble. L'époux vendeur a peut-être voulu avantager son conjoint, mais il est fort possible qu'il ait obéi à un autre motif en vendant son propre, et, dans le doute, on déclare qu'il ne peut y avoir donation. La communauté devra donc récompense.

Si le mari vend un propre de sa femme sans qu'elle ait consenti à l'aliénation, quelles seront les conséquences de cette vente? Le mari a agi en dehors des limites de son droit d'administration, donc cet acte, qu'il a accompli sans en avoir le pouvoir, ne sera pas opposable à la femme; d'autre part, les tiers qui ont traité avec le mari sont liés. Par conséquent, la situation de la femme ou de ses héritiers, lors de la dissolution du mariage, va être extrêmement favorable. Elle pourra, en effet, à son gré, ou bien agir contre son mari ou ses héritiers pour être remboursée du prix de l'aliénation, ou bien, au contraire, se retourner contre les acquéreurs ou détenteurs subséquents de l'immeuble et leur dire : Vous avez acquis d'une personne qui n'était pas propriétaire et qui n'avait pas mission d'alié-

ner, vous n'avez par suite aucun droit à garder cet immeuble, qui n'a pas cessé d'être mien, et je le revendique. Cette revendication est parfaitement juste et devra triompher; si la femme ne l'intente pas, il y aura lieu à récompense en sa faveur.

Supposons l'un des conjoints propriétaire de forêts, ce qui arrivait souvent dans notre ancienne France, les forêts étant alors bien plus nombreuses qu'aujourd'hui où le déboisement a pris de si vastes et si nuisibles proportions. Cette forêt comprend des bois de haute futaie, et le moment de les abattre est arrivé. Le mari, administrateur de la communauté et aussi des deux autres patrimoines, fait abattre les arbres de haute futaie dont il s'agit et les vend: le prix va-t-il tomber en communauté ou bien donnera-t-il lieu à récompense? Telle est la question qui se posait. D'une part, on pouvait dire que le prix entrait dans la communauté, comme tout argent qui n'est pas propre pour une cause spéciale; cette cause ne se rencontrait pas ici, car il n'y avait pas vente d'un propre, l'immeuble subsistait en effet. On ne pouvait pas, d'autre part, se prévaloir de l'idée qui avait amené l'introduction de la théorie des récompenses, à savoir le désir d'empêcher les avantages indirects entre époux qui vendraient un propre pour faire une donation détournée; en effet, dans l'espèce, tel n'est pas le but de la coupe: c'est un acte de bonne administration. On sait, en effet, qu'au lieu d'augmenter indéfiniment de valeur, les arbres, arrivés à

une certaine période de leur existence, dépérissent et perdent par suite de leur valeur. La coupe constitue donc simplement un acte d'administration bien entendue qui ne doit pas être vu d'un œil plus défavorable que la vente d'un bois taillis ou d'une récolte quelconque. Le bois de haute futaie n'est en somme qu'un produit, d'une espèce particulière, il est vrai, mais enfin un produit qu'on doit vendre comme les autres, et s'il a été vendu au moment voulu, il n'y a rien là de reprehensible.

D'autre part, les bois de haute futaie ne sont pas des produits comme les autres ; ils sont souvent plantés dans des terrains qui ne sont pas susceptibles d'être exploités d'une manière différente, certaines essences d'arbres s'accommodant de terres de la plus mauvaise catégorie dont ils constituent alors toute la valeur. Et même, seraient-ils dans des fonds excellents, ils leur donnent alors une plus-value telle qu'on peut dire avec juste raison qu'ils font partie du fonds, et, par suite, sont un véritable propre et ne sont pas *in usufructu*. Il était donc juste d'admettre que les deniers provenant de pareille vente donneraient lieu à récompense.

C'est la solution à laquelle s'était arrêtée la jurisprudence après la majorité de nos anciens auteurs ¹. Elle doit encore être reçue sous l'empire du Code civil.

1. C'est ce que décide Bourjon, le bois étant partie d'un immeuble que les époux ne peuvent affaiblir pour augmenter la communauté

§ 2. — *Récompenses dues pour le rachat de rentes actives propres à l'un des époux.* — La vente d'un immeuble propre à l'un des époux, dont nous nous sommes occupés, est aujourd'hui le cas de beaucoup le plus fréquent de récompense due par la communauté à l'un des époux. Autrefois il n'en était pas de même, et il fallait placer sur le même rang le rachat d'une rente active appartenant à l'un des conjoints. Les ventes d'immeubles étaient relativement rares, on ne se désaisissait pas volontiers de cette nature de biens à cause de leur importance, de leur valeur et du rôle considérable qu'ils jouaient dans l'ordre social à raison des titres qu'ils comportaient.

Le rachat des rentes était au contraire fréquent. Longtemps elles ont été irrachetables, c'était leur principal caractère et aussi leur principal avantage. Mais à

du montant de sa diminution, car cette coupe diminue le fonds et n'est pas fruit ordinaire, or le propre ne doit pas être diminué pour augmenter la communauté. — Bourjon, *Droit Commun de la France*, Communauté, VI^e partie, ch. II, sect. 3, distinc. 2, nos 30 et suivants. — Lebrun, *Communauté*, page 98, n^o 2. — Bourjon, *Droit Commun de la France*, VI^e partie de la Communauté, ch. II, n^o 33 : cet auteur nous donne une solution identique pour l'ouverture d'une carrière faite pendant la communauté. Cependant on avait proposé à Lamoignon, dans les notes qui lui avaient été présentées sur la communauté, n^o 28, une règle contraire et il l'adopta pour en faire son article XL au chapitre de la communauté : « Les deniers procédant de la vente de grands bois qui ont été mis en coupes ordinaires d'ancienneté pour être exploités en quatre vingt ou cent années, ne sont sujets à remploi ».

notre époque il a cessé d'en être ainsi, les rachats de rentes sur maisons de villes sont devenus légaux et, à leur exemple, le rachat des autres rentes a pris de grandes proportions. Voilà l'occasion de nombreuses récompenses auxquelles s'appliqueront les règles que nous avons exposées pour le cas de vente d'un immeuble appartenant en propre à l'un des conjoints. L'article 232 de la Coutume de Paris vise les deux hypothèses et leur applique les mêmes règles ¹. Il n'y avait, en effet, pas lieu de distinguer : la rente qui appartient à l'un des époux est un propre tout comme son

1. Art. 232 : « Si durant le mariage est vendu aucun héritage ou rente propre, appartenant à l'un ou à l'autre des conjoints par mariage, ou si ladite rente est rachetée, le prix de la vente ou rachat est repris sur les biens de la communauté, au profit de celui auquel appartenait l'héritage ou rente : encore qu'en vendant n'eût été convenu de remploi ou récompense, et qu'il n'y ait aucune déclaration sur ce fait. »

La jurisprudence entra résolument dans cette voie et déclara même, par un arrêt du 9 août 1613 réformant une sentence du Bailly du Palais du 28 juin 1613, que, dans la Coutume de Paris, le remploi des propres et rentes du mari ou de la femme vendus ou aliénés soit *avant* soit *après* la réformation de la Coutume serait dû, bien que non stipulé dans un contrat passé sous l'ancienne Coutume où il n'en allait pas de même.

Bourjon, *Droit Commun de la France*, VI^e partie de la Communauté, chap. II, n^o 26, explique ainsi le principe de la récompense : « En effet ce remboursement est une aliénation dont les deniers, confondus dans la communauté, ne doivent pas faire partie d'icelle, quoique cette aliénation soit forcée, autrement la communauté serait augmentée aux dépens du propre, ce qu'on ne peut admettre en aucun cas que ce soit. »

immeuble ; la même loi devait donc régir les deux hypothèses et les régler de la même manière.

Récompense était due aussi dans le cas où l'un des futurs conjoints avait aliéné ses propres après la confection du contrat de mariage et avant la célébration du mariage, car ils ne peuvent s'avantager.

De même si, dans une succession immobilière composée de telle sorte que l'un des époux n'avait pas reçu la quantité d'immeubles qui lui revenaient, il lui était payé une soulte. Cette soulte, qui allait rejoindre les meubles dans la caisse de la communauté, n'en était pas moins propre et, par conséquent, était l'origine d'une récompense.

Non seulement la vente, nous dit Pothier, mais toute aliénation des propres de l'un des conjoints donne lieu à récompense : « *La dation en paiement, la donation rémunératoire, la donation onéreuse, l'aliénation moyennant une rente viagère, l'échange soit contre des choses mobilières soit contre héritage s'il y a un retour, le bail à rente au cas où il est stipulé des deniers d'entrée* ¹ ».

Enfin remarquons, avec le jurisconsulte d'Orléans, qu'une récompense sera due aussi bien si l'aliénation a été volontaire que si elle a été forcée. Pour donner un exemple, il y aura récompense aussi si bien s'il s'agit du rachat d'une rente portant sur une maison de

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéros 593 à 597.

ville, lequel est obligatoire et auquel le créancier ne peut se refuser, que si celui-ci consent volontairement au rachat d'une rente irrachetable ¹.

§ 3. — *Comment, dans quel ordre et sur quels biens s'exerçaient les récompenses.* — Il nous faut maintenant examiner une question qui se réfère aussi bien au cas où il s'agit de la vente d'un bien-fonds qu'à celui où il s'agit du rachat ou de l'aliénation d'une rente active. Il est dû des récompenses soit à la femme soit au mari par la communauté, comment donc vont-elles se payer, dans quel ordre et sur quels biens ?

La réponse à la première question est toute simple : les époux, créanciers de la communauté, prélèveront sur son actif une somme égale à celle qui leur est due, et le partage ne s'opèrera qu'après. Il se fera par parties égales.

En principe le remploi se fera bien ainsi avant le partage et aura lieu sur la masse. Cependant la femme a pu stipuler que le remploi de ses propres serait pris

1. Pendant longtemps, ici comme pour la vente d'un immeuble propre, il fallut stipuler qu'il y aurait remploi lors du rachat de la rente, autrement il se produisait ce qui arrivait pour la vente d'un immeuble propre à l'un des époux : le prix venait se confondre avec les autres meubles dans la caisse de la communauté. En ce sens, pour la femme : arrêt du 27 novembre 1574 infirmant une sentence qui avait été rendue en sens contraire ; et encore : arrêt du 23 décembre 1579. Ceci sans distinction du cas où le rachat de la rente avait été volontaire et de celui où il était nécessaire. — Pour le mari,

sur la part afférente à son mari dans la communauté. Cette faculté il est vrai n'avait pas été admise sans difficulté. On objectait qu'il y avait là un avantage indirect et qu'une telle stipulation devait, en conséquence, être considérée comme nulle et non avenue. Mais un esprit de faveur pour la femme fit juger ¹ que c'était moins une donation qu'une convention, et que le mari pouvait empêcher l'effet de cette clause en faisant le remploi auquel il était tenu. Cette stipulation ne constituait donc pas une donation irrévocable défendue par la Coutume.

Mais qu'arrivera-t-il si l'actif de la communauté n'est pas suffisant pour remplir les deux époux de ce qui leur est dû ? Allait-on décider alors qu'ils viendraient au marc le franc et se partageraient l'actif commun au prorata de ce qui leur était dû ? C'eût été une solution injuste, car le mari est le maître absolu de la communauté, seul il en a l'administration tandis que la femme ne peut intervenir dans la gestion des biens qui la composent. Il était donc de toute justice que celui qui avait seul eu le maniement des deniers communs eût seul à souffrir de sa mauvaise gestion. On décida en

solution identique donnée par un arrêt du 14 août 1574. En quoi il y a moins de difficulté, dit Brodeau, car le mari dispose de la communauté. — Brodeau, S. Loüet, lettre R, n. 30.

La stipulation du remploi ne devient inutile qu'en 1580 avec le nouvel 232 de la Coutume de Paris qui l'accorde de plein droit.

1. Arrêt du 26 avril 1589. — Brodeau, S. Loüet, lettre D, numéro 64.

conséquence que les prélèvements de la femme s'exerceraient avant ceux du mari. Tant pis pour ce dernier si, par sa faute, il ne reste pas une somme suffisante pour payer les récompenses qui lui sont dues.

Les intérêts de la femme n'auront pas à souffrir de la mauvaise administration de son mari lorsque la communauté pourra payer les récompenses auxquelles elle a droit. Mais *quid* si l'actif de la communauté est insuffisant pour faire face à ses reprises, en totalité, ou en partie seulement ? Le principe que le mari, administrateur de la communauté, supporte seul le poids de son administration inhabile, amena à décider que la femme, ne devant pas être en perte, pouvait, en cas d'insuffisance de la communauté, se venger sur les propres du mari. C'est là une conséquence de la règle d'après laquelle toute dette du mari est dette de la communauté, et inversement : la femme avait donc action d'abord sur les biens de la communauté et ensuite sur ceux de son mari ¹.

§ 4. — *Quel devait être le montant de la récompense.* — Il ne nous reste plus, pour en avoir fini

1. La règle que le emploi se prend d'abord sur la masse commune, meubles, acquêts de la communauté, et, seulement en cas d'insuffisance de l'actif commun, sur les biens du mari a été étendue aux coutumes muettes par des arrêts des 4 juillet 1598 et 31 décembre 1605. Pour le mari il n'en va pas de même car il disposait des deniers qui

avec notre section II, qu'à rechercher ce que devait comprendre la récompense.

Pothier nous permet de répondre facilement à cette question. Au reste le raisonnement seul nous eût conduit à la solution qu'il indique dans son *Traité de la Communauté*¹.

Notre point de départ est, en effet, le suivant : la communauté ne doit pas s'enrichir aux dépens du patrimoine propre des époux. On devait décider, en conséquence, que la récompense comprendrait tout ce qui était parvenu à la communauté par suite de l'aliénation, et cela seul. Un propre est vendu, que va-t-il être dû à l'époux qui en était propriétaire ? uniquement le prix qui a été payé par l'acheteur.

On aurait pu songer, et l'on songea effectivement, à dire que ce qui était dû c'était le prix auquel il était estimé dans le contrat de mariage, ou le prix qu'il valait au moment soit de l'aliénation, soit de la dissolution du mariage. Cette opinion ne pouvait prévaloir, par cette raison que la communauté ne pouvait devoir que ce qu'elle avait encaissé. Etant tenue *re*, on ne pouvait exiger d'elle que la chose qu'elle devait ou le prix qui la représentait.

sont entrés dans la communauté par suite de l'aliénation de son propre et n'avait qu'à faire le emploi qui lui était dû.

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéros 586 à 592.

Mais, si elle ne doit que le prix, elle le doit tout entier, principal et accessoires, et les accessoires doivent comprendre l'évaluation des charges appréciables en argent qui ont été imposées à l'acheteur en sus de son prix d'achat. Par exemple, un des époux est propriétaire du fonds A, la communauté est propriétaire du fonds B. Un tiers achète le fonds A moyennant 5.000 livres : il possède, nous le supposons, un matériel de roulier, et s'engage, en outre de son prix, à transporter sur le fonds B les matériaux nécessaires à la construction d'une maison. Eh ! bien, lors de la dissolution du mariage, l'époux à qui appartenait le fonds A devra recevoir 5.000 livres, plus une somme représentant le prix des charrois qu'aura fait l'acheteur. Il est, en effet, certain que la valeur de ces charrois a été prise en considération lors de la fixation du prix de vente de l'immeuble A, et la communauté s'est enrichie, par le fait de cette vente, non seulement du prix, 5.000 livres, mais encore d'une somme égale à celle qu'elle aurait déboursée sans cela pour faire transporter les matériaux destinés à construire la maison qui a été élevée sur son fonds. Il est donc de toute justice qu'elle en tienne compte à l'époux dont l'immeuble a été aliéné.

La communauté devait-elle aussi payer les intérêts du prix qu'elle avait reçu ? Une réponse négative s'imposait, car les revenus des propres tombaient en communauté. Il n'y a plus ici de propres, il est vrai, et par-

tant plus de fruits; mais les intérêts du prix, représentant les fruits du propre aliéné, étaient subrogés aux fruits qui n'existaient plus, ils appartenait donc à la communauté, et, par conséquent, elle ne pouvait être tenue de les restituer.

Une hypothèse plus délicate pouvait se présenter, c'était le cas où le propre aliéné était un droit d'usufruit ou de rente viagère. Soit un usufruit de 1,000 livres qui est aliéné moyennant 12,000 livres qui, nous le supposons, rapporteront 600 livres par an : d'une part, la communauté perd 400 livres par an de revenu; d'autre part, elle encaisse une somme qui sera très supérieure à la valeur de l'usufruit si l'époux usufruitier vient à mourir peu de temps après la vente. La communauté devra donc restituer à l'époux les 12,000 livres qui lui ont été versées en paiement du droit d'usufruit, moins une somme représentant la diminution de ses revenus tombant de 1,000 à 600 livres par le fait de la vente de l'usufruit. Cette somme, que la communauté conservera, sera d'autant de fois 400 livres que la communauté aura duré d'années depuis la vente de l'usufruit.

Nous venons de voir ce que devait comprendre la récompense. Il nous reste, pour terminer notre II^e section, à étudier la protection que la loi accordait à la femme pour assurer le paiement de la récompense qui lui était due.

La femme mariée possédait, sur les biens de son

mari, une hypothèque destinée à garantir les créances qu'elle avait contre lui. Cette hypothèque s'étendait très certainement aux récompenses qui lui étaient dues par la communauté, car la femme, si la communauté était insuffisante, avait le droit de se venger sur les biens de son mari qui lui étaient hypothéqués.

Si le principe était hors de discussion, il n'en était pas de même de ses applications. La femme avait hypothèque, soit, mais à quel moment fallait-il la faire remonter? Était-ce au jour du contrat de mariage, ou du mariage s'il n'y avait pas eu de contrat, ou bien seulement au jour de l'aliénation?

On soutenait, à l'appui de cette deuxième solution, que, même si la femme avait, lors de son contrat de mariage, stipulé que le remploi de ses propres aliénés aurait lieu, son hypothèque ne pouvait pas avoir d'effets à l'encontre des créanciers ayant une hypothèque antérieure au jour de l'aliénation. Il y avait là, disait-on, une stipulation prépostère, c'est-à-dire faite par avance pour une chose future qui pouvait arriver ou ne pas arriver. Or, il n'était pas admissible qu'on réunît ainsi deux temps, *præ* et *post*, qui ne peuvent naturellement être joints ensemble ¹. Et cela, surtout lorsqu'il s'agissait comme ici d'une condition potestative; le droit ne devait être acquis que du jour où la condition s'était

1. Renusson, *Traité des Propres*, chapitre IV, section VIII, numéro 2.

réalisée. On s'appuyait, pour le démontrer, sur des théories empruntées au droit romain et notamment sur la loi 11 au Digeste, *qui potiores in pignore*, XX, 4. Il s'en suivait, affirmait-on, que l'hypothèque de la femme ne saurait avoir d'effets que du jour où son propre avait été aliéné.

La théorie opposée prévalut néanmoins. On remarqua que la femme pouvant s'obliger, consentir à l'aliénation d'un propre, devait aussi pouvoir prendre ses précautions contre son mari, d'autant qu'après le mariage elle agirait la plupart du temps sur ses indications. Lors donc qu'elle avait stipulé le emploi, il fallait, pour qu'il fût réellement utile, qu'il fût protégé par l'hypothèque de la femme, et ce, du jour du contrat, sans quoi il aurait été facile au mari de rendre cette garantie illusoire en constituant des hypothèques au profit de tiers entre le jour du contrat et celui de l'aliénation.

En se fondant sur ces motifs, la jurisprudence décida que l'hypothèque de la femme pour le emploi de ses propres aliénés prendrait rang du jour de son contrat de mariage ou, au plus tard, du jour du mariage, si elle n'avait pas fait de contrat. C'était seulement au cas de séparation de biens, ou s'il n'y avait pas de communauté, que l'hypothèque prenait rang du moment où la femme avait consenti à l'aliénation de ses propres ¹.

1. Renusson, *Traité des Propres*, chapitre IV, section VIII, numéro 6. - Pothier, *Traité de la Communauté*, numéro 644.

Mais la question se posait aussi dans une hypothèse plus embarrassante, celle où la femme n'avait pas stipulé de remploi par son contrat de mariage. L'hypothèque, en effet procède toujours de la convention ou de la loi ; or, la loi ne donnait pas d'hypothèque pour le remploi des propres aliénés et la femme n'en avait pas stipulé. Ne fallait-il pas dès lors décider que l'hypothèque de la femme ne pouvait pas remonter plus haut que sa cause et devait, par conséquent, prendre rang du jour de l'aliénation ? C'est ce qu'on soutint. On pouvait d'ailleurs s'appuyer sur les articles 439 de la Coutume de Bretagne et 542 de la Coutume de Normandie qui décidaient l'un et l'autre que la femme aurait récompense de l'aliénation de son propre eu égard à l'estimation au jour de la vente, et qu'elle n'aurait hypothèque sur les biens de son mari que de ce jour. C'est l'opinion que soutenait d'Argentré, sur l'article 410 de l'ancienne Coutume de Bretagne ¹.

Malgré ces arguments les auteurs et la jurisprudence se décidèrent en faveur de l'autre système et firent

1. D'Argentré sur l'*Ancienne Coutume de Bretagne*, sous l'article 410, glose 2, numéro 4 : « Nam cum tacitas hypothecas omnes a lege induci oporteat, nulla lege aut consuetudine cautum est de his inducendis ob alienationem rei uxoriæ. » Numéro 6 : « Quare ex tali causa anterioribus creditoribus præferri mulierem iniquum est, cum in potestate ejus sit, aut non consentiri alienationi aut hypothecis cavere : nam quæ contradicuntur respectu anterioris hypothecæ, fixam de jure rationem non habent. »

remonter l'hypothèque au jour du mariage. En droit romain une constitution de Justinien formant la loi unique § 1, au Code *de rei uxoriæ actione*, V, 13, suppléait la stipulation d'hypothèque lorsqu'elle avait été omise ; c'était un motif suffisant pour faire adopter chez nous une règle analogue. La Coutume de Paris favorisait cette tendance : dans son article 232, elle supprimait en effet la nécessité de la stipulation de remploi et décidait qu'il serait obligatoire dans tous les cas. Il fallait alors assimiler l'hypothèque de la femme à celle que le mineur possède sur les biens de son tuteur. Cette dernière existant du jour où a commencé la tutelle, celle de la femme devait être reportée au jour du mariage, parce que c'est à partir de ce moment que les garanties accordées à la femme doivent produire leur effet. « *Le mariage donne puissance et autorité au mari, comme la tutelle donne puissance et autorité au tuteur. La puissance maritale est grande ; la loi du mariage met la femme dans la dépendance du mari, et lui donne la crainte et l'amour, qui sont deux passions également fortes, qui ne lui permettent pas de résister à la volonté de son mari, quand elle veut bien vivre avec lui, ainsi qu'elle y est obligée*¹. » Il s'en suit que le mari doit répondre des aliénations, du moment où il a pu y décider sa femme, c'est-à-dire du jour

1. Renusson, *Traité des Propres*, ch. IV, sect. VIII, n° 11.

du mariage ou de celui du contrat de mariage, s'il en avait été fait un où la femme avait oublié de stipuler qu'elle aurait une hypothèque pour garantir le remploi de ses immeubles aliénés au cours du mariage ¹.

SECTION III. — Récompenses dues par l'un des conjoints
à la communauté.

Nous venons d'étudier les deux cas principaux où des récompenses sont dues par la communauté à l'un des

1. La jurisprudence s'était fixée en ce sens par un arrêt du 17 mars 1608. — Nicolas Guget, *Traité général des Crieées et décrets, hypothèques et nantissements*, III^e partie, question 20. — Guy du Rousseaud de Lacombe, *Recueil de Jurisprudence*, au mot : *Hypothèques* sect. II, n^o 8. Cet auteur cite des arrêts conformes à la solution qu'il indique et qui se placent entre le 9 avril 1707, et le 26 juillet 1742. V. aussi : Lacombe, *loc. cit.*, sect. III, n^o 4; et aux mots *Remploi* n^o 1 à 6 et *Indemnité*, sect. I, n^o 1, 2 et 3. — Brodeau sur Louët, lettre R. n^o XXX. — Pothier, *Traité de la Communauté*, n^o 611.

Mais si la généralité des auteurs et la jurisprudence admettaient que l'hypothèque remontait au jour du contrat de mariage ou, au plus tard, du mariage, la question fut longtemps controversée et, en 1634, Bouguier, dans ses *Arrests de la Cour décisifs de diverses questions tant de droit que de coutume*, se prononçait nettement en sens contraire. Lettre H, n^o 10. Cependant, en 1677, il semble que la première théorie l'ait emporté définitivement et depuis cette époque où nous la voyons consacrée par Lamoignon, à l'article LXI, *Des Actions personnelles et hypothécaires*.

époux ; mais il arrive bien plus fréquemment que, pendant le mariage, des dépenses doivent être faites par la communauté dans l'intérêt de l'un des époux. C'est, par exemple, une propriété qui nécessite des réparations, qui est gênée par une servitude qu'on peut racheter à un moment donné ; c'est une rente passive que doit l'un des conjoints, et une occasion se présente de l'en dégrever à bon compte, parce que le créancier a besoin d'argent et se trouve disposé à céder ses droits à des conditions favorables. Ou bien encore, il vient de se produire un changement dans le taux de l'intérêt, et il serait avantageux de rembourser l'ancienne rente au denier 16, même s'il faut emprunter pour cela, puisque la nouvelle dette sera à un taux plus faible, le denier 20 par exemple. C'est enfin un enfant qu'il faut doter ou un retrait qu'il s'agit d'exercer.

Dans tous ces cas et dans bien d'autres encore, car les hypothèses où une situation semblable se présentait étaient nombreuses, le mari, administrateur des trois patrimoines, agira comme doit le faire un bon père de famille, il fera les réparations, rachètera la servitude ou la rente, fournira la dot ou exercera le retrait. Pour cela, il prendra de l'argent dans la caisse commune et paiera, ou bien il en empruntera et engagera la communauté. Tout n'est pas alors fini, car la crainte des avantages entre époux reparaît ici : si tout était terminé, le mari ferait en effet une donation à sa femme pour la moitié qui devait lui revenir dans les sommes

employées, s'il s'agit d'opérations intéressant un propre de la femme. Si, au contraire, c'est d'un propre du mari qu'il s'agit, il s'enrichirait aux dépens de la communauté. Dans le premier cas, il y aurait donation prohibée; dans le deuxième, il y aurait disposition frauduleuse de la communauté à l'égard de la femme.

On décida donc qu'il y aurait récompense due à la communauté par l'époux qui a profité du fonds commun. Il nous faut passer en revue les cas qui se présentaient le plus fréquemment, et, pour le faire, nous diviserons notre section III^e en cinq paragraphes :

§ 1. — Récompenses dues à la communauté dans le cas où une rente passive de l'un des époux a été rachetée durant le mariage;

§ 2. — Récompenses dues à la communauté pour des améliorations ou réparations faites sur le propre de l'un des époux;

§ 3. — Récompenses dues pour constitution de dot faite à un enfant commun ou à un enfant d'un premier lit;

§ 4. — Récompenses dues pour acquisitions constitutives de propres faites au cours du mariage;

§ 5. — Récompenses auxquelles donnent lieu les offices.

§ 1. — *Récompenses dues à la communauté pour rachat d'une rente passive de l'un des époux au cours du mariage.* — Parmi tous les cas de récompenses

envers la communauté qui peuvent se présenter, le premier que nous étudierons, à raison de sa grande importance et de sa fréquence dans notre ancienne législation, est l'hypothèse où une rente passive grevant l'un des époux a été rachetée pendant la communauté avec des deniers communs. Que va-t-il arriver ? Il semble que la réponse à cette question ne pouvait donner lieu à aucune difficulté : la rente est éteinte et l'époux débiteur est libéré ; il doit donc rembourser à la communauté ce qu'elle a payé pour l'affranchir de la charge qui pesait sur lui. Cependant cette solution si juste, si simple et si rationnelle, ne fut admise que fort tard.

L'article 244 de la Coutume de Paris, reproduisant l'ancien article 119, nous dit que : « *Quand aucune rente due par l'un des conjoints par mariage ou sur ses héritages auparavant leur mariage, est rachetée par lesdits deux conjoints, ou l'un d'eux, constant ledit mariage, tel achat est réputé conquêt.* »

Règle compliquée, qui paraît bizarre au premier abord et qui demande quelques explications.

A l'origine, le rachat des rentes était peu fréquent. D'une part, l'argent n'était pas abondant, ainsi que nous l'avons déjà remarqué, et, d'autre part, les rentes pouvaient rarement être rachetées. Leur caractère principal était d'être irrachetables, et c'est là ce qui explique le grand succès du bail à rente et le fréquent usage qu'on en faisait. Pour qu'elles pussent être rachetées,

il fallait que le créancier voulût bien y consentir; or, il refusait généralement son consentement. L'interdiction du prêt à intérêt et la difficulté de trouver à employer les capitaux en acquisitions d'immeubles, l'auraient obligé à s'en servir pour acheter une nouvelle rente. Il était alors beaucoup plus simple de s'en tenir à la première en n'autorisant pas le rachat : c'est ce que faisaient le plus souvent les créanciers.

Mais une Ordonnance de Charles VII, du mois de novembre 1441, vint modifier la situation. Les maisons, dans les villes et surtout à Paris, étaient chargées et surchargées de rentes qui souvent dépassaient leur revenu. On ne prenait plus alors la peine de les réparer et elles tombaient en ruines; c'était une situation intolérable que, dans l'intérêt de la sécurité et de la fortune publiques, il fallait faire cesser. C'est pour porter remède à cette situation que, par son Ordonnance de 1441, Charles VII permit de racheter les rentes sur les maisons de villes.

Elle dispose en effet, dans son article 13, que, dorénavant, on ne pourra charger les maisons ou possessions sises à Paris ou dans les faubourgs, de rentes pour plus du tiers de ce qu'elles peuvent rapporter; et les articles 16, 17 et 18 ajoutent que toutes les rentes antérieurement constituées seront rachetables au denier douze ¹.

1. L'Ordonnance de novembre 1441 organise ainsi le rachat :

Art. 13 : « Doresnavant on ne pourra charger à prix d'argent ny

A partir de ce moment, les rachats de rentes vont, malgré de nombreuses tentatives pour tourner la loi,

autrement de rente perpétuelle, les maisons ou possessions assises en nostre ville et faux-bourgs de Paris, si ce n'est jusques à la valeur du tiers de ce que lesdites maisons ou possessions pourront valoir de rente en commune estimation, et comprendre en ce les autres charges précédentes, laquelle estimation se fera par nostre Prévost de Paris, ou de par le haut Justicier, en la Justice duquel les maisons et possessions sont assises, à l'option de celui qui voudra faire ladite estimation : sur peine d'amende arbitraire à Nous appliquer, à prendre sur les transgresseurs ; et avec ce demeurera le contract nul en ce qui excèdera ledit tiers ».

Art. 16 : « Toutes manières de rentes constituées par achat et prix d'argent, par ascensement, partages faits entre cohéritiers, ou autres, par dons legs ou autrement en quelque manière que ce soit, sur les maisons et possessions qui selon ledict privilège se peuvent crier et subshaster, si depuis ledict ascensement, partages, dons ou legs, elles ont été vendües ou transportées de main en autre, à quelques personnes qu'elles appartiennent, soient Eglises, Collèges, ou autres personnes, les propriétaires d'icelles maisons ou possessions qui sont à présent, ou qui seront pour le temps à venir, les pourront racheter : scavoir le denier douze, monnoie courant à présent, à quelque prix que lesdites rentes ayent été vendües ou achetées ».

Et, craignant que la difficulté de réunir une somme suffisante pour rembourser le créancier, n'empêche bien des débiteurs de mettre à profit la faculté de rachat donnée par son Ordonnance, Charles VII ajoute dans l'article 26 : « Chascun desdits propriétaires pourra racheter de chacun rentier prenant rente sur sa maison ou possession, de Paris, ou des faux-bourgs, à chacune fois le quart de la rente, qu'il voudra racheter, et n'en pourra moins racheter de 20 sols parisis à la fois, si elle monte à ladite somme de 20 sols par an, ou plus, et au-dessous de 20 sols parisis tout à la fois. »

Un siècle plus tard, François Ier, par une Ordonnance rendue à Compiègne en octobre 1539, étend cette disposition à tout le royaume : « Voulans pourvoir à ce que plusieurs maisons et édifice des villes de

se multiplier par suite de la faculté légale accordée aux débiteurs, par Charles VII. Ils vont devenir d'autant plus fréquents, qu'à partir de cette époque, nous trouvons assez souvent des rachats de rentes conventionnels. Il faut sans doute les attribuer pour partie à l'augmentation du numéraire, mais il n'est pas téméraire de penser que, certaines rentes étant devenues légalement rachetables, on s'accoutuma peu à peu à cette idée qu'une rente n'était pas nécessairement perpétuelle et qu'il était possible de s'en rédimier. Une fois qu'on se fut ainsi accoutumé à ne plus considérer les rentes comme irrachetables par essence on fut insensiblement conduit à accorder plus facilement aux débiteurs la faculté de racheter les rentes qu'ils devaient servir.

Nostre Royaume ne demeurent inhabitées et en ruïne, places vuides et vacantes, à cause des rentes dont elles sont chargées, et obvier à la décadence et éversion desdites villes, desirans singulièrement la conservation, entretènement et accroissement d'icelles, Disons, statuons et ordonnons que toutes rentes constituées sur les maisons et places des citez, villes et faux-bourgs de nostre Royaume, pays, terres et seigneuries, quels qu'ils soient, soient à Gens d'Eglise, ou autres, soient rachetables. »

Une Ordonnance de Henry II, de Saint-Germain-en-Laye, rendue en mai 1553, vint encore confirmer cette faculté de rachat. Pour éviter toute fraude à la disposition défendant de charger les maisons de rentes représentant plus d'un tiers de leur revenu, le même Henry II avait ordonné, le 18 janvier 1532, qu'il serait fait déclaration, à peine de confiscation, de toutes rentes portant sur maisons de villes.

Le nombre des dispositions prises pour éviter les fraudes prouve qu'on dut souvent essayer de tourner la loi.

Quoi qu'il en soit de cette explication, il est certain qu'à partir de ce moment on constate que les rachats de rentes deviennent de plus en plus nombreux et forment, avec les offices dont nous parlerons plus loin, la plus importante source de récompenses dues par l'un des époux à la communauté.

Lorsqu'une rente était rachetée on ne la déclarait pas éteinte mais on considérait qu'il y avait simplement novation par changement de créancier, la communauté qui l'avait payé étant substituée au créancier primitif.

Nous avons dit que, d'après l'article 244 de la Coutume de Paris, la rente rachetée est réputée conquête. Mais, si l'on était d'accord sur ce point, sur lequel la Coutume donnait une solution formelle, on était loin de s'entendre sur l'interprétation que devait recevoir cet article.

Une première théorie l'expliquait de la façon que nous avons brièvement indiquée. C'est celle de Lebrun¹. Cet auteur, dans son *Traité de la Communauté*, dit qu'il y a simplement changement de créancier. La communauté qui a payé, est substituée au créancier qu'elle a remboursé; c'est une novation par changement de créancier. A cela près, on était en présence de la même rente, et la preuve en est facile à donner : il

1. Lebrun. *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section I, distinction 5.

suffisait, affirme-t-on, de lire attentivement l'article 243¹. Que dit-il en effet ? que la rente *sera continuée*. C'est donc bien qu'il s'agit de la rente antérieure qui, par conséquent, n'a pas été éteinte par le paiement ; et que conclure de ce qu'elle n'était pas éteinte, sinon qu'il y avait bien une novation et rien autre ? Le paiement, dans tous les cas, celui d'une novation exceptée, n'a-t-il pas pour but et pour effet d'éteindre la rente ?

C'est également l'explication que donne Renusson dans son *Traité de la Communauté*².

D'après une deuxième théorie, au contraire, l'an-

1. Article 243 de la Coutume de Paris : « Et est tenu l'héritier ou détenteur de l'héritage sujet à la rente, continuer la moitié de ladite rente, et payer les arrérages du jour du décès jusqu'à l'entier rachat. »

2. Renusson, *Traité de la Communauté*, deuxième partie, chapitre III, numéro 7 : « La raison sur laquelle ces deux articles sont fondés (les articles 244 et 245 de la Coutume de Paris) est que le rachat ou remboursement de la rente a été fait des deniers de la communauté ; et la Coutume de Paris l'appelle conquêt, parce que la communauté devient créancière de la rente, et succède au lieu du créancier qui est payé, et il se fait une subrogation légale. »

Renusson, *Traité de la Subrogation*, chapitre II, numéro 8, complète son explication des articles 244 et 245 de la Coutume de Paris. Les époux, dit-il, sont incités, à cause de la communauté, à racheter les rentes dues par l'un d'eux. C'est pourquoi la Coutume de Paris a voulu pourvoir à l'intérêt de celui qui n'était pas débiteur de la rente. Elle devait d'autant plus le faire que son article 282 prohibait les

cienne rente avait disparu pour faire place à un titre nouveau. Ses partisans l'étaient à la fois sur les effets du paiement, sur l'intention des parties. D'une part, disaient-ils, le paiement d'une dette a nécessairement pour effet de l'éteindre ; d'autre part, il est bien certain que l'intention du conjoint qui rachetait la rente et celle du créancier qui consentait à recevoir le prix du rachat était d'arriver à l'extinction de la rente. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait supposer que le créancier a voulu vendre la rente, céder ses droits à la communauté, et rien ne permet de l'affirmer. Il a simplement consenti à recevoir le remboursement du capital de la rente. La volonté des parties doit avoir son effet plein et entier et la rente doit donc être déclarée éteinte.

C'est bien en effet le résultat qu'aurait dû produire ce rachat. Seulement, en vertu des dispositions de la Coutume, dispositions qui n'avaient d'autre but que d'assurer à la communauté le paiement de ce qui lui était dû, une autre rente a été constituée à son profit par le conjoint débiteur de la première. C'est ce qui avait per-

donations entre époux : elle décida donc que la rente subsisterait et serait continuée pour moitié au conjoint non débiteur, qui était ainsi subrogé au créancier payé. Et au numéro 9 il ajoute que sans cette disposition de la Coutume, le mari, maître de la communauté, aurait pu, en payant, négliger de stipuler la subrogation pour faire une donation à sa femme.

mis de dire que le rachat était réputé conquêt, c'est-à-dire réputé renfermer un conquêt, qui se trouvait précisément être la nouvelle rente due par le conjoint à la communauté.

Ce n'était pas là une vaine dispute de mots, n'ayant d'intérêt qu'en théorie pure ; la discussion avait une importance pratique très considérable. De la solution qu'on adoptait, dépendait en effet celle qu'il fallait donner à la question de savoir quel devait être le taux de la nouvelle rente. Au moment du rachat, le taux a varié, il n'est plus le même que celui qui existait lors de la constitution de la rente. Quel est donc celui qui va être appliqué à la nouvelle rente ; faudra-t-il, pour le fixer, s'en tenir à celui qui existait auparavant, et auquel était soumise la première rente, ou bien adopter le nouveau ?

La jurisprudence et un parti considérable tenaient que le taux de la première rente devait s'appliquer, parce que, dans cette opinion, on admettait que l'opération du rachat constituait une simple novation par changement de créancier. Dès lors, une seule chose change, le créancier ; tout le reste subsiste sans modification aucune, et par conséquent le taux n'a pas pu varier, et doit être le même avant comme après la novation.

C'est l'opinion qu'enseigne encore Pothier ¹ à la fin

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéro 619.

de l'ancien régime. Cette théorie nous semble très critiquable. Prenons l'exemple donné par Pothier : « *L'un des conjoints devait, avant son mariage, une rente au denier dix-huit, ce taux étant celui qui était légitime lorsqu'elle a été constituée : il l'a rachetée aujourd'hui des deniers de la communauté. La rente continuera-t-elle au profit de la communauté sur le pied du denier dix-huit ? ou ne continuera-t-elle que sur le pied du denier vingt-cinq qui est le taux auquel le rachat a été fait des deniers de la communauté ?* » Pothier cite d'après Lebrun, qui le rapportait lui-même d'après Ricard sur la Coutume de Paris, un arrêt du 7 septembre 1662, qui décidait que c'est au denier dix-huit qu'on devait s'en tenir. On aurait dû, au contraire, nous semble-t-il, adopter l'autre solution. Tout ou au moins la plus grande partie de l'intérêt du rachat ne consiste-t-elle pas, en effet, précisément dans cette diminution du taux de l'intérêt qui permettrait au conjoint de substituer une obligation plus faible à la précédente, diminuant ainsi le poids de la charge qu'il doit supporter ?

Si, à l'inverse, le taux avait augmenté lors du rachat, il n'y avait pas de doute possible, et, dans l'une comme dans l'autre théorie, on admettait que c'était celui qui existait lors de la constitution de la première rente qui était encore dû. C'est qu'ici notre discussion n'a rien à faire, et il faut tenir compte d'une autre règle. Cette règle est la suivante : le conjoint est débiteur envers la communauté de ce dont il a profité à ses

dépens, et de cela seul ¹. Or, le conjoint a seulement profité de la libération d'une rente à un certain taux, il ne peut en devoir une d'un taux supérieur. Il faut ajouter, si c'était la femme qui était débitrice de la rente, que dans notre droit coutumier il était de principe que le mari ne pouvait grever les propres de sa femme : « *Maritus non potest onerare propria uxoris.* » Or, si le conjoint devait supporter cette augmentation, il serait au pouvoir du mari, en rachetant une rente passive de la femme au moment où le taux de l'intérêt a subi une élévation, de grever son patrimoine, ce qui ne lui est pas permis.

La rente subsistait donc, comme conquêt de communauté. Tant que dure le mariage, il n'y avait pas à s'en occuper. En effet si, d'une part, la communauté était créancière envers l'époux de la rente qu'elle avait rachetée, elle devait, d'autre part, supporter les arrérages dus par les époux pendant sa durée, comme conséquence de la jouissance qu'elle avait de leurs propres ; il s'en suit, qu'étant à la fois créancière et débitrice, il y avait confusion. Mais lors de la dissolution du mariage, les deux qualités cessaient de coexister sur la même tête ; la communauté restait créancière de la rente et l'époux débiteur devait la continuer pour moitié ². En effet, à ce moment, la communauté se

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 620.

2. Cette situation était fort bien indiquée par l'article 278 de la

partageait entre le survivant et les ayants cause du prédécédé, et tombait pour moitié dans le lot du conjoint

Coutume réformée de Sens qui, à cet égard, est bien plus explicite que les articles 244 et 245 de la Coutume de Paris.

Art. 278 de la Coutume de Sens : « Quand l'un des conjoints par mariage a aucun héritage propre chargé de rente laquelle iceux conjoints acquèrent, elle est confuse tant que le mariage dure. Mais après la mort de celui auquel l'héritage était propre, le survivant prendra la moitié de la rente acquise pendant icelui mariage si bon lui semble. Mais ceux auxquels adviendra ledit héritage chargé pourront acquitter et racheter la dite rente en remboursant la moitié de l'argent avec la moitié des charges escheuz depuis le trespas. » Cette solution était déjà admise dans l'article 275 de l'ancienne Coutume de Sens de 1605. Il faut remarquer que notre article, de même que l'article 245 de la Coutume de Paris, lorsqu'il permet de se racheter de la rente, parle non pas seulement des héritiers du conjoint dont il s'agit mais aussi de « *ceux auxquels adviendra l'héritage chargé*, » en sorte que si l'immeuble chargé est vendu par lesdits héritiers, l'acquéreur de l'immeuble aura le droit, quand bon lui semblera, de racheter la rente dont il est grevé.

Lebrun, dans son *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section 4, distinction 5, numéro 17, dit que le droit qui est accordé au conjoint de rembourser la moitié du prix payé par la communauté au lieu de continuer la moitié de la rente est également accordé au tiers détenteur. Et il qualifie cette faculté, soit à l'égard du conjoint, soit à l'égard du tiers, de *passee-droit*. C'est oublier le but dans lequel a été établie l'obligation de continuer la moitié de la rente. C'est uniquement une garantie donnée à la femme pour assurer le paiement de la récompense qui lui est due ; elle ne doit pas avoir d'autre effet. Elle dépasserait le but que la Coutume voulait atteindre en la créant, si elle empêchait le remboursement de moitié du prix déboursé par la communauté. C'est ce prix que doit réellement le conjoint, s'il peut le payer tout sera donc terminé et terminé de la façon la plus équitable puisqu'il a payé juste ce qu'il devait.

Il faut bien reconnaître que cette faculté de rembourser étendue

qui devait la rente ; celle-ci s'éteignait donc par confusion pour cette moitié. Elle ne subsistait par conséquent

au tiers acquéreur a quelque chose d'exorbitant. De droit commun la rente est irrachetable, pour qu'il en soit autrement il faut : ou bien une convention spéciale lors de la constitution, ou bien l'agrément du créancier. Ici ni l'une ni l'autre de ces deux conditions n'existe. On ne peut expliquer la solution donnée par la Coutume de Sens et que contient aussi l'art. 245 de la C. de Paris, qu'en observant que le tiers détenteur n'est, en somme, que l'ayant cause de l'époux débiteur. Il n'est tenu qu'en cette qualité et par conséquent ne peut l'être que dans la mesure où l'était son auteur. Donc son obligation est une obligation facultative, dont les deux objets sont, à son gré, le paiement ou la continuation de la rente.

Peut-être aussi pourrait-on dire que, lors du rachat de la rente par la communauté, une convention est intervenue entre elle et le conjoint débiteur d'après laquelle le paiement serait fait sous forme de rente, mais stipulant qu'elle serait rachetable.

Nous préférons toutefois la première explication comme toute naturelle et se fondant sur le principe incontestable que l'ayant cause ne saurait être tenu autrement et dans une autre mesure que son auteur. La deuxième suppose une convention tacite et il est dangereux d'interpréter des idées que l'on prête aux parties sans que rien ne vienne indiquer qu'elles y aient réellement songé ; on risque de faire fausse route.

Nous trouvons ici un cas remarquable de rachat pouvant être imposé par le débiteur au créancier de la rente sans qu'il lui soit possible de s'y refuser. C'est le seul cas, à notre connaissance, qui existât dans notre ancien droit, si l'on excepte le rachat légal des rentes sur les maisons de villes autorisé par Charles VII dans son Ordonnance de 1441. En dehors de ces deux cas exceptionnels, il ne pouvait y avoir qu'un rachat volontaire consenti par le créancier sur la demande de son débiteur, ou un rachat conventionnel, stipulé lors de la création de la rente. Encore dans ce dernier cas devait-il être exercé dans les trente ans, sans quoi la faculté de rachat, contraire à la nature de la rente, était prescrite.

que pour moitié et, pour cette part, elle était due à l'époux qui n'en était pas chargé.

Cependant il ne faut pas oublier que le paiement est fait dans le but d'éteindre la rente. Il ne produit pas ici cette conséquence parce qu'on a voulu la faire subsister ou lui en subroger une deuxième ayant les mêmes garanties (selon la théorie que l'on adopte) pour assurer le paiement de ce qui est dû à la communauté, en vertu du principe qu'il y a plus de sûreté *in re quam in persona*. Dès lors, si le conjoint débiteur remboursait ce qu'avait payé la communauté, il était définitivement libéré. C'est ce que disait l'article 245 de la Coutume de Paris qu'il faut relire : « *Et est tenu l'héritier ou détenteur de l'héritage sujet à rente continuer la moitié de ladite rente et payer les arrérages du jour du décès jusqu'à l'entier rachat.* »

Il semble même, avec Ferrière, qu'on devait aller plus loin et décider que l'époux à qui la moitié de la rente était due, ou ses héritiers, pouvaient ne pas s'en contenter. Il leur était loisible, au cas où l'actif de la communauté le permettait, d'exiger le remboursement de moitié de la somme qu'elle avait versée pour le rachat de la rente. « *Car, dit Ferrière, celui dont la rente a été rachetée ayant profité de la communauté qui a fourni le prix de rachat, il est juste que l'autre profite de pareille somme* ». L'article 245 n'était donc exécuté à la lettre que dans le cas où la communauté ne renfermait pas de quoi remplir le conjoint créancier

de ce qui lui était dû, ou bien lorsqu'il n'exigeait pas le remboursement immédiat et que le conjoint débiteur préférerait pour le moment continuer à servir la moitié de la rente.

La théorie primitive est donc que la rente rachetée continue à exister pour former un conquêt de communauté, mais, nous l'avons vu, si cette solution peut se justifier en pratique comme moyen d'assurer le paiement de la récompense due à la communauté, c'est, en théorie, une construction forcée et vicieuse. Aussi trouvons-nous de bonne heure une autre solution à laquelle on ne peut adresser les mêmes critiques. C'est celle contenue dans l'article 29 de la Coutume de Nivernais au titre *Des Gens Mariés*, où il est décidé que : « *Si l'un des conjoints avait vendu son héritage, ou sur iceluy constitué rente à rachat paravant le mariage et constant ledit mariage, suivant ladite faculté de rachapt, ledit héritage ou rente sont rachetez ou recouvez; l'autre conjoint ne participe point audit héritage, charge ou rente rachetée et recouvrée, ou déchargée; mais sera remboursé pour sa part et jusques audit remboursement ledit conjoint jouira de l'héritage pour telle part qu'il a en la communauté sans compter les fruits audit remboursement.* »

Il faut bien avouer que si d'ordinaire la Coutume de Paris contient des dispositions extrêmement justes et bonnes qui lui ont assuré une grande et légitime influence dans les Coutumes muettes, elle est de beau-

coup inférieure, sur le point particulier qui nous occupe, à la Coutume de Nivernais. Comme le dit fort bien Guy Coquille dans son commentaire sur la Coutume de Nivernais, au titre *Des Gens Mariez*, le paiement éteint la rente et l'obligation de celui qui la devait est éteinte et supprimée; elle ne peut revivre ensuite. Mais la communauté a fait les affaires d'un conjoint qui doit l'indemniser des dépenses dont il a été la cause et dont il a profité : « *Tout ainsi que si celui des conjoints duquel sont les affaires avoit emprunté des deniers de la communauté pour faire lesdites affaires* ». Si le conjoint avait emprunté à un tiers il devrait le rembourser et ne serait jamais tenu de lui continuer la rente; il ne doit pas en être autrement lorsqu'il a emprunté à la communauté. On ne peut donc qu'approuver la décision de la Coutume de Nivernais ¹.

1. Guy Coquille, dans son excellente *Institution au Droit français*, défend ainsi la solution de la Coutume de Nevers : « Me semble que Nivernois est fondé en meilleure raison que les autres : car si le mary a rachepté la rente, dont son héritage était chargé : il faut dire que la rente est esteinte, car il estoit maistre et seigneur des meubles et deniers qu'il a employez, et en a pu disposer sans le consentement de sa femme, et ne reste à la femme que son indemnité, qui est le remboursement après la dissolution du mariage. Mais si le mary a rachepté la rente, dont l'héritage de sa femme estoit chargé. Je diray aussi que la rente est esteinte, ayant le mary à cet esgard geré le négoce de sa femme, des biens et droicts de laquelle il estoit le légitime administrateur : et cette gestion de negoces ne tombe pas en donation, car, après la dissolution, lui ou ses héritiers seront rem-

C'est à cette solution que devait s'arrêter notre ancien droit avec Pothier. Il pose en règle générale que la seule base de la récompense est le principe que les époux ne doivent pas plus s'enrichir aux dépens de la communauté qu'elle ne doit s'enrichir aux leurs ; il en conclut que le conjoint dont la rente a été rachetée devra simplement rembourser la moitié du prix du rachat. Il va sans dire que cette moitié du prix comprendra aussi les frais et loyaux coûts qu'a entraînés l'opération¹.

boursez. Ce que dessus semble bien dit, quand c'est une rente rachetée, qui estant une fois esteinte et amortie ne peut pas revivre. » *Institution*, page 203.

Le raisonnement de Guy Coquille vient à l'appui de ce que nous avançons et nous semble parfait de tous points alors que la solution de la Coutume de Paris est artificielle et ne peut être sérieusement défendue sur le terrain des principes. Elle se comprend à la rigueur en pratique et, même là, nous lui préférons la Coutume de Nivernais qui concilie heureusement les nécessités de la pratique et l'exactitude de la théorie.

L'excellence de la décision contenue dans la Coutume de Nivernais est telle que le Premier Président de Lamoignon proposait, dans son article 41 au titre de la Communauté, d'en faire le droit commun pour toute la France : « Quand aucune rente due par l'un des conjoints ou sur les héritages avant son mariage, est rachetée des deniers de la communauté, la rente demeure éteinte, et celui qui en était redevable doit rapporter à la communauté en deniers ce qui a été payé en son acquit pour le rachat, ou moins prendre. » C'est la règle qui lui avait été proposée, sous le numéro 29 des observations qui lui avaient été soumises sur le régime de communauté.

1. Cette solution s'applique aussi bien s'il s'agit du rachat d'une rente constituée que s'il s'agit d'une rente foncière. Ce que nous venons

De la récompense due pour le rachat d'une rente, nos anciens auteurs rapprochaient un autre cas qui se présentait assez fréquemment : celui où une dette propre à l'un des époux, dette d'une somme d'argent, avait été acquittée par la communauté. Pothier, au Traité de la Communauté, n° 615, se borne à dire d'un mot que la récompense était de ce que la communauté avait déboursé. Il se contente de donner la solution sans la justifier. C'est donc que la question n'était pas controversée.

§ 2. — *Récompenses dues à la communauté pour les améliorations et réparations qui ont été faites pendant le mariage sur le propre de l'un des époux.*

— Si nous avons donné la première place aux récompenses dues pour le rachat d'une rente grevant le propre de l'un des époux, il n'en faudrait pas conclure que les autres ne jouaient pas un grand rôle. Outre l'hypothèse dont nous venons de nous occuper et dont la cause a aujourd'hui disparu, on connaissait en effet,

de dire du cas le plus fréquent de libération d'un propre, doit être étendu aux autres, qui donneraient également lieu à récompense. C'est ce qui aurait lieu si, pendant le mariage, on rachetait la servitude ou l'hypothèque qui grève l'immeuble de l'un des époux (Art. 82 de la Coutume de Troyes) Cet article indique en outre que, lorsqu'une rente ou hypothèque a été rachetée pendant le mariage, la moitié du prix que doit rembourser l'époux comprend la moitié des frais.

dans notre ancien droit, la plupart des cas de récompenses qui existent dans notre Code civil¹.

Les immeubles propres des époux nécessitaient des dépenses, ou donnaient lieu à des réparations qui devaient être faites pendant le mariage. Il y avait là une cause de récompenses dont nous allons maintenant nous occuper. Nous retrouverons ici des principes tirés du droit romain dont la théorie des *retentiones dotis* a servi de modèle à notre théorie des récompenses. Il n'est donc pas inutile de la résumer en quelques lignes.

A Rome, les divorces furent très rares à l'origine et le mari était au début propriétaire de la dot que lui apportait sa femme. Mais lorsque, avec l'altération des mœurs primitives, ils augmentèrent sans cesse et devinrent de plus en plus fréquents, le mari fut tenu de restituer la dot. Cependant, dans certains cas, on trouva juste qu'il ne la rendit pas complètement et qu'il conservât certaines sommes pour se remplir des dépenses qu'il avait dû faire ou qu'il serait obligé de faire dans la suite. Dans d'autres cas, au contraire, la restitution se faisait avec des aggravations déterminées. On arrivait donc par ce moyen à punir l'époux par la faute duquel survenait le divorce en l'atteignant dans sa fortune.

Le mari était-il en faute ? au lieu d'avoir trois termes

1. Sauf celles qui peuvent être engendrées par une institution alors inconnue : les assurances.

d'une année pour rendre les choses fongibles que comprenait la dot, il lui fallait restituer sans délai ou après six mois seulement et il devait rendre, en même temps que les corps certains, les fruits qu'ils avaient produits depuis un an ou deux selon la gravité de la faute.

Était-ce au contraire la femme qui était en faute ? alors apparaissaient les *retentiones dotis*. Deux d'entre elles avaient été édictées pour la punir : la *retentio propter mores* permettait au mari de conserver un sixième de la dot au cas d'adultère de la femme et un huitième au cas de faute moins grave ; — la *retentio propter liberos* l'autorisait à retenir un sixième par enfant, sans cependant qu'il pût conserver plus de la moitié de la dot. La première de ces *retentiones* n'a pas besoin d'explications, c'est une peine prononcée contre la femme de mauvaises mœurs. La deuxième a sa cause dans cette circonstance que le mari devra subvenir seul aux besoins des enfants issus du mariage ; il était donc juste que la femme, par la faute de laquelle l'union conjugale avait été brisée, participât sur sa dot à ces dépenses.

Il y avait enfin trois autres *retentiones*, dont les deux premières n'ont pas grand intérêt pour nous et que nous ne ferons que mentionner, ce sont la *retentio propter donationem* et la *retentio propter res amotas*. La troisième, au contraire, est celle qui a inspiré nos vieux légistes et leur a servi de guide pour construire leur théorie des récompenses. Ils s'en sont par-

ticulièrement inspirés dans la partie que nous étudions en ce moment.

Pour quelque cause que le mari dût restituer la dot, notre *retentio* s'exerçait toujours. Dans tous les cas, il avait le droit de retenir les impenses nécessaires qu'il avait faites sur le fonds dotal; jamais il ne pouvait exiger le remboursement des impenses voluptuaires; tout au plus lui était-il permis d'enlever ce qui pouvait l'être sans détérioration pour le fonds. Quant aux impenses utiles, elles formaient une catégorie intermédiaire. Le mari ne pouvait s'en faire tenir compte que si le remboursement n'en était pas trop rigoureux pour la femme, à moins toutefois qu'elle ne les eût approuvées ¹.

Voyons ce qu'a produit chez nous cette théorie, dont nous n'avons pu qu'ébaucher à grands traits l'esquisse.

Il est toute une catégorie d'impenses qu'il faut, dès le début, mettre de côté; ce sont les dépenses d'entretien dont il n'y a pas lieu de s'occuper ². En effet, la communauté, jouissant des propres, doit veiller à leur

1. Pour plus de détails sur ce point, voyez : Pellat, Textes sur la dot traduits et commentés, p. 16 et suiv.

2. Ceci venait du droit romain d'après lequel la dépense qui doit servir à la jouissance de l'usufruitier sans que le propriétaire en retire aucun profit ne donne pas lieu à répétition. Lebrun, *Traité de la Communauté*, livre III, chap. 2, sect. 2, distinction 7, nos 4 et 5.

Le droit germanique poussait aussi dans le même sens, et la même idée se retrouve dans cette vieille maxime « *qui bail prend quitte le rend* ». C'est là une règle analogue à celle de la loi romaine et qui

entretien, c'est là une charge de la jouissance qui, par conséquent, ne saurait entrer en ligne de compte. Il faut ajouter, d'après Renusson ¹ aux dépenses d'entretien, les dépenses « *qui n'augmentent pas le fonds et se font par économie et bon ménage* », c'est-à-dire celles qui ont surtout pour effet d'augmenter le revenu. Il cite comme exemples : le fait de planter des arbres (exception faite pour la plantation d'un bois), de marnier une terre, etc... L'utilité et l'avantage qui en résultent pendant la communauté constituent un bénéfice suffisant.

Il pouvait également y avoir des réparations d'entretien à faire lors de la dissolution de la communauté ; mais, comme elles correspondaient à une jouissance antérieure, la communauté qui avait joui devait supporter les dépenses afférentes à ces réparations en vertu de la règle *ubi onus ibi emolumentum*. Elle devait donc récompense pour les réparations d'entretien qui se trouvaient nécessaires à la fin de sa jouissance ².

impose aussi à l'usufruitier l'obligation d'assurer le paiement des dettes en en faisant une charge de la jouissance : le baillistre faisait les fruits siens et même gagnait les meubles, mais il était tenu du paiement des dettes. Bourjon, *Droit commun de la France*, IV^e partie de la Communauté, chap. IV, n^o 5.

1. Renusson. — *Traité de la Communauté*, 2^e partie, chapitre 3, n^o 12.

2. Renusson. — *Loc. cit.*, n^o 14. — C'est aussi la solution donnée par l'art. 1731 du Code civil *in fine*.

Mais il existe d'autres dépenses que les dépenses d'entretien, et ce sont celles-là qui doivent nous occuper ¹. Le droit romain avait décidé qu'il en serait tenu compte, c'était suffisant pour qu'il en fût de même chez nous à une époque où l'admiration du droit romain atteignait des proportions exagérées et où l'on éprouvait le besoin d'y rattacher des institutions tout à fait inconnues à Rome ². La crainte de la possibilité des avantages entre époux et des dispositions frauduleuses des biens de la communauté par le mari devait conduire au même résultat. On pouvait en effet justement redouter qu'il n'employât les deniers de la com-

1. Pour savoir si telle impense doit ou non être rangée parmi les dépenses d'entretien, voir Lebrun, *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section 4, distinction 7, numéros 4 et 5. D'après cet auteur, il faut voir à quelle fin elles ont été faites. Si elles ont été faites pour l'usage de l'usufruitier, elles regardent la communauté ; si elles sont faites pour l'utilité perpétuelle du fonds, il en sera dû récompense. Et, ajoute-t-il, il faut prendre comme règle générale l'article 262 de la Coutume de Paris : « La femme qui prend le douaire coutumier est tenue d'entretenir les héritages de réparations viagères, qui sont toutes réparations d'entretienement, hors les quatre gros murs, poutres et entières couvertures et voûtes. »

2. C'est ainsi qu'on voulut y voir l'origine de l'institution des fiefs qui ne peut se concevoir que dans une société établie sur des bases absolument différentes de celles sur lesquelles reposait l'organisation romaine. On alla cependant jusqu'à prétendre que la distinction du domaine utile et du domaine direct, toute féodale, venait du droit romain, alors qu'à Rome le propriétaire avait la propriété la plus entière qu'il soit possible d'imaginer. On s'appuyait, pour le soutenir, sur les textes relatifs à l'emphytéose.

munauté sur les biens de la femme ou sur les siens propres, en augmentant ainsi la valeur, peut-être dans une grande proportion.

Aussi, à l'imitation du droit romain, notre ancien droit distingua-t-il entre les dépenses qui, n'étant pas de pur entretien, ne doivent pas rester à la charge de la communauté, trois catégories. Ce sont les impenses nécessaires, utiles et voluptuaires : un exemple emprunté à Domat¹ nous apprend que l'on doit ranger dans la première catégorie les dépenses faites pour reconstruire un bâtiment qui menaçait ruine, dans la seconde, celles occasionnées par la plantation d'un verger, et dans la troisième, celles qui ont été faites pour orner une maison de peintures, de diverses décorations, pour placer des statues dans un jardin. En d'autres termes, et pour généraliser, les impenses nécessaires sont celles sans lesquelles le bien sur lequel elles portent disparaîtrait ; les impenses utiles, celles qui, sans empêcher le bien de périr, augmentent, dans une mesure plus ou moins grande, l'utilité qu'on en peut retirer ; les impenses voluptuaires enfin, celles qui le rendent seulement d'un usage plus agréable.

De cette distinction tripartite, transportée du droit romain dans notre droit coutumier, devaient découler tout naturellement les règles admises. Pourquoi, en

1. Domat, Lois civiles, livre I., titre IX, section 3.

effet, avait-on introduit dans notre ancienne législation toute cette théorie des récompenses dont nous nous occupons ? surtout pour empêcher les avantages entre vifs. Dès lors, pour fixer le *quantum* de la récompense, il fallait tenir compte du profit dont avait bénéficié l'époux sur le propre duquel une dépense avait été faite et calculer la plus-value qui en résultait pour l'obliger à la restituer. La théorie des *retentiones propter impensas* offrait d'ailleurs l'exemple de cette distinction, aussi n'y eut-il aucune hésitation, et tous les auteurs citent les lois romaines à l'appui de leur opinion. On décida donc, pour les impenses nécessaires, comme pour les impenses utiles, qu'il serait dû récompense ; les premières avaient conservé l'immeuble, les secondes avaient augmenté sa valeur, on en conclut que dans le premier cas la récompense devait être toute la somme fournie par la communauté, et dans le deuxième, l'enrichissement qui en était résulté ¹.

Cependant il reste un souvenir de l'ancien état de choses et du temps où les récompenses n'existaient pas

1. Bourjon, *Droit Commun de la France*, VI^e partie, de la communauté, ch. IV, n^o 5, dit qu'elles seront payées d'après leur utilité. Il avait cependant écrit au n^o 3 : « La récompense serait due, encore que le bâtiment fait ou la maison réparée eût péri pendant le mariage, parce que la chose périt pour le maître ; sa destruction ne peut donc effacer la récompense dont le droit est acquis à la communauté. » C'est là le vrai principe et il aurait dû amener à décider que la récompense doit toujours être de ce que la communauté a déboursé.

dans une Coutume qui, sur plusieurs points, se distingue des autres et dans laquelle nous avons déjà relevé une particularité sur la matière qui fait l'objet de cette étude.

La Coutume du Nivernais, au chapitre *Des Communautés et Associations*, dit que les dépenses faites sur les propres des époux ne donnent pas lieu à récompense¹. Et cela, nous dit Guy Coquille commentant cet article 6, qu'il s'agisse de réparations exécutées sur d'anciens bâtiments, quelle que soit leur importance, soit même qu'il s'agisse de la construction de nouveaux bâtiments. « *Cet article est bien rude* », ajoute-t-il en remarquant qu'il y a là une donation entre mari et femme.

1. *Coutume de Nivernais*, chap. *Des Communautés et Associations*, art. 6 : « Bastiment fait en conquest de communauté est commun entre les parsonniers : mais s'il est fait en l'héritage ancien de l'un desdits communs, il luy est propre comme ledit héritage, à la charge de rembourser par le seigneur dudit héritage, ses parsonniers, au prorata de la valeur dudit bâtiment qui sera estimé lors de la dissolution de la communauté. Toutefois si ledit héritage est seulement réparé, ladite réparation appartient au parsonnier à qui il est, sans charge de remboursement : « *et n'aura lieu ladite Coutume entre gens mariez, entre lesquels lesdits édifices ne sont sujets à remboursement.* »

Guy Coquille cherche à expliquer cette règle de la Coutume de Nivernais en disant que c'est une exception à la prohibition des avantages entre vifs. Il veut la rattacher au droit romain et invoque la loi 14, XXIV, 1 au Digeste, qui déclare valable la donation faite par le mari à sa femme pour reconstruire un bâtiment qui a brûlé. — Guy Coquille, *Réponses et Questions sur les Coutumes de France*, Question 95.

Un arrêt que nous rapporte le vieux jurisconsulte nivernais va même plus loin, et décide qu'il doit encore en être ainsi dans le cas où la femme renonce à la communauté. Même alors elle n'aura pas à rembourser les dépenses qui ont été faites sur ces héritages propres. Il faut encore remarquer que, dans l'espèce, le mari était mort insolvable, laissant des créanciers à qui préjudiciait le défaut de récompense. Aussi, en nous indiquant la solution donnée par le Parlement, Guy Coquille ne peut s'empêcher d'ajouter. « *Et n'estoit l'autorité de la Cour, il ne pourroit entrer dans ma teste que cela soit raisonnable* »¹.

Cet article, dernier vestige de la législation précédente², paraissait mauvais, aussi cherchait-on à éluder ses dispositions. On en restreignait le plus possible le champ d'application et on déclarait qu'il était fait en faveur de la femme seule et ne devait pas profiter à un

1. *Loc. cit.*, question 93.

2. Il existe une disposition semblable dans la Coutume de Bretagne, article 602 : « Et si le mary fait maisons et édifices en l'héritage de sa femme, pourveu que soit un fief noble, n'y prendront rien le mary ni ses hoirs. » Article 603 : « Quand homme fait édifice de neuf en son héritage, ou en l'héritage de sa femme, pourveu que l'héritage soit partable, si l'héritage est au mary, les hoirs de sa femme y doivent prendre la moitié par estimation après le décès de luy, ainsi que les choses seront appréciées, comme pierre en monceau et le bois et les autres matières comme à les emporter du lieu, sans compter la façon. Et l'héritage est à la femme, les hoirs du mary y prendront la moitié à la raison cy dessus ».

tiers. D'où la conséquence suivante : le mari avait bâti sur l'héritage que sa femme tenait en bordelage. Celle-ci mourait sans laisser d'héritier capable de recueillir le bordelage, qui retournait au seigneur bordelier. Le seigneur reprenait la terre concédée en bordelage et la construction que le mari y avait élevée, en vertu du principe *superficies solo cedit*, mais il devait payer au mari l'augmentation de valeur produite par les constructions.

Enfin, la jurisprudence fit un pas de plus et mit l'article 6 de côté ; Guy Coquille nous l'apprend avec une satisfaction qu'il exprime par ces mots : « *Et pour ce que l'article en soy est déraisonnable, je croy qu'elle a bien jugé.* » Le nivellement s'était opéré, et partout on remboursait au mari les dépenses qu'il avait faites.

Les impenses nécessaires et utiles, sauf dans les Coutumes du Nivernais et de Bretagne à l'origine, puis partout, donnaient donc lieu à récompense. Mais il n'en allait pas de même de la troisième catégorie et, pour les impenses voluptuaires, on accordait seulement au mari le droit d'enlever les ornements placés dans l'immeuble de sa femme. Encore, pour qu'il pût l'exercer, fallait-il que deux conditions se trouvassent réunies. On exigeait d'abord que l'enlèvement fût possible, sans qu'il en résultât aucune dégradation. Si donc les ornements avaient été placés de telle sorte que, pour les retirer, il fallait endommager l'immeuble, le

mari n'avait rien à prétendre. Si, par exemple, il avait fait décorer le château, qui appartenait à sa femme, de fresques, ou de peintures exécutées directement sur les lambris, le mari ne pouvait pas les enlever et il n'avait rien à réclamer à titre de récompense.

Si, au contraire, il y avait fait placer des tableaux ou des tapisseries, il lui était permis de les reprendre, à moins toutefois, et c'est la deuxième condition que nous avons annoncée, que la femme ne manifestât la volonté de les conserver ; mais, dans ce cas, elle devait payer à son mari les sommes qu'il aurait pu réaliser en les retirant.

Mais le mari, dit Lebrun, peut faire sur son fonds des impenses qui, tout en étant purement voluptuaires, en augmenteront la valeur. Il a, par exemple, beaucoup embelli sa maison de ville qu'il louera plus facilement un bon prix. Or, comme il ne doit pas s'enrichir aux dépens de la communauté, on décide qu'il paiera le mi-denier de l'estimation de la plus-value ¹.

Cette théorie est fausse ; il n'est jamais dû récompense pour les impenses voluptuaires, comme l'affirme avec beaucoup de raison Pothier ² qui se garde de tomber dans la même erreur. Il n'y a pas lieu de distinguer entre les impenses voluptuaires qui ont été faites sur le bien du mari et celles qui ont porté sur le

1. Lebrun, *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section 4, distinction 7, numéro 6, *in fine*.

2. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéro 637.

propre de sa femme comme le fait Lebrun. Dans quelques cas les dépenses de pur luxe peuvent bien augmenter la valeur de l'immeuble sur lequel elles sont faites, mais alors elles l'augmentent, qu'il s'agisse d'un immeuble du mari ou de la femme, et alors pourquoi distinguer? On pouvait bien dire à l'appui de la théorie soutenue par Lebrun que le mari qui embellissait son fonds disposait frauduleusement de la communauté et qu'il n'en était pas de même, si les impenses voluptuaires avaient été faites sur le fonds de sa femme. Certes. Mais dans le second cas, le mari faisait à sa femme une donation prohibée par notre droit coutumier. La distinction admise par Lebrun ne se justifie donc pas, et il faut voir un grand progrès dans la doctrine de Pothier.

Ce qu'il faut dire avec le jurisconsulte d'Orléans, c'est que, dans certains cas, telle impense donnera lieu à récompense qui n'y donnera pas lieu dans d'autres. La raison en est que la ligne de démarcation qui sépare les dépenses utiles des voluptuaires est difficile à établir. Il faudra juger selon les espèces, et telle impense qui, au premier abord, semble purement voluptuaire, peut très bien, dans une hypothèse particulière, être reconnue utile. Pour reprendre l'exemple que nous donnions plus haut, le fait de faire peindre des fresques, placer des tableaux, des tapisseries, des statues, de faire des jardins d'agrément, paraît constituer une dépense voluptuaire au premier chef. Il en sera bien

ainsi si ces frais sont faits sur un château à la campagne, mais s'ils le sont sur une maison de ville, ils deviennent utiles comme augmentant le revenu de la maison qu'on louera un plus haut prix. Dans ce cas, en effet, nous sommes bien en présence de dépenses « *qu'on pouvait se passer de faire, mais qui augmentent le prix de l'héritage sur lequel elles ont été faites*¹ ».

Nos anciens juristes se demandaient² s'il y avait lieu à récompense dans une hypothèse spéciale qui est la suivante : une femme possède une maison qui vient à être incendiée, son mari la reconstruit ; faut-il déclarer que la femme devra une récompense à la communauté ? Ce qui faisait vivement hésiter nos vieux jurisconsultes, c'était le droit romain. Dans cette législation où les donations entre époux étaient rigoureusement réglementées, on décidait néanmoins, que, dans ce cas, il y avait une donation parfaitement valable³.

Cependant, c'était là un avantage entre époux, et il était conforme à l'esprit de notre ancien droit de l'interdire. On remarqua alors que la loi 14 Dig. XXIV, 1, qui renferme la règle, n'était pas absolue, et qu'à Rome

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, n° 633.

2. Lebrun, *Traité de la Communauté*, liv. III, chap. II, sect. 1, distinct. 7, nos 12, 13, 14.

3. L. 14 Dig., XXIV, 1 : « Quod si vir uxori, cujus ædes incendio consumptæ sunt, ad refectionem earum pecuniam donaverit : valet donatio in tantum quantum ædificii constructio postulat. »

il n'y avait pas toujours là une donation définitive, mais seulement si le mari avait voulu qu'il en fût ainsi, autrement il pouvait répéter l'impense¹. On dit que le mari augmente en somme, par cette construction, le bien de sa femme et diminue la part qui doit lui revenir dans la communauté. On observa d'autre part que la maison ayant brûlé sans sa faute, il n'était pas tenu de la réparer à ses frais et qu'alors on devait, en vertu de la règle : *res perit domino*, décider que la perte serait supportée par le propriétaire, c'est-à-dire par la femme, et non par l'usufruitier, c'est-à-dire par le mari. Il faut donc obliger la femme à indemniser la communauté de ce qu'elle a déboursé.

Une récompense est due par les conjoints à la communauté pour les impenses nécessaires et utiles qui ont été faites sur leurs héritages. Mais quelle en sera la quotité? Nos anciens auteurs répondent que, pour savoir ce qui est dû, il faut se reporter au temps de la

1. L. 7 § 16, *Dig.* XXIV, 3. « Impendi autem fructuum percipiendorum causa, Pomponius ait, quod in arando serendoque agro impensum est : quodque in tutelam ædificiorum, ægrumve servum curandum ; scilicet, si ex ædificio vel servo fructus aliqui percipiebantur. Sed hæc impensæ non petentur, cum maritus fructum totum anni retinet : quia ex fructibus prius impensis satisfaciendum est. Plane si novam villam necessario extruscit, vel veterem totam sine culpa sua conlapsam restituerit, erit eius impensæ petitio : simili modo et si pastina instituit : hoc enim impensæ aut in res necessarias aut utiles sedunt, pariuntque marito actionem »,

dissolution et voir l'avantage qui en résulte pour l'époux ¹.

Cela se comprenait à merveille dans notre ancien droit, où l'on ne songeait qu'à empêcher les avantages entre époux. Il suffisait dès lors, pour que le résultat fût atteint, de tenir compte du bénéfice que l'époux retirait de la communauté. Peu importait que la dépense fût beaucoup plus forte ; ce dont il fallait s'occuper, c'était, non de l'appauvrissement qui en résultait pour la masse commune, mais de l'enrichissement du conjoint.

C'est ce que dit encore Pothier d'après lequel la récompense ne peut être supérieure à la somme prise dans la communauté, ni au profit retiré par l'époux. Si le profit est faible et la dépense considérable, la communauté sera en perte. Si l'opération a été bonne et que le profit l'emporte de beaucoup sur la dépense, l'époux ne devra cependant rembourser à la communauté que ce qu'elle a payé ; c'est lui qui sera en gain. De telle sorte que le conjoint profitera des bénéfices qui pourront être réalisés, et que, s'il y a perte, elle restera à la charge de la communauté ².

1. En ce sens : Lebrun, *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section 4, distinction 7, numéro 15.

Renusson, *Traité des Propres*, chapitre IV, section 11, numéro 4.

Bourjon, *Droit Commun de la France*, Communauté, 6^e partie, chapitre 4, section 1, numéros 4 à 7.

2. On a prétendu que cette théorie doit encore être admise sous

Pothier avait perdu de vue le but qu'on s'était proposé en établissant les récompenses et laissait au mari la faculté de faire des avantages à sa femme. Il dispose de la communauté, et peut, par conséquent, faire des améliorations sur les propres de sa femme. Or, dans la théorie de Pothier, si le mari est habile et sait faire les impenses à propos, il en résultera pour sa femme un avantage peut-être très considérable. Il aurait donc fallu, pour être logique, décider, sous l'empire de l'ancienne législation, que la récompense devait être de tout l'avantage qu'avait produit l'impense.

Mais il était une autre théorie qui n'avait que peu de partisans, et qui cependant, au point de vue rationnel, l'emportait de beaucoup sur la précédente.

La communauté, en définitive, s'est appauvrie du montant de la somme qu'on en a tirée, et non de l'enrichissement de l'époux. Supposons, par exemple, que l'héritage propre de l'un des conjoints ayant besoin de grosses réparations ou bien l'occasion de l'augmenter se présentant et paraissant favorable, le mari emploie pour ce faire une somme de 40,000 livres qu'il prend dans la caisse de la communauté. Il se trouve que le

l'empire du Code civil et on a voulu en trouver la confirmation dans l'article 1437 : « Toutes les fois qu'un des époux a tiré un *profit* personnel des biens de la communauté, il *en* doit récompense ». Eh ! bien, a-t-on dit, lorsque l'époux a profité de la communauté, de quoi doit-il récompense ? uniquement de ce profit, c'est ce que nous montre le mot *en* employé par l'article 1437.

mari s'est trompé dans ses prévisions, et que l'enrichissement produit n'est que de 30,000 livres. Dans la théorie que nous avons exposé d'après Pothier et la majorité de ses prédécesseurs, la communauté va perdre 10,000 livres. C'est un résultat injuste qui ne doit pas être admis, et on a cherché à le prévenir. De là un autre système qu'il nous faut exposer, parce qu'il se retrouve sous l'empire du Code civil.

Il faut de suite faire une distinction, si la dépense a porté sur un propre de la femme, selon qu'elle y avait ou non donné son consentement. Dans le second cas, le mari agit comme gérant d'affaires, et la récompense sera de l'enrichissement procuré à la femme dont il a géré les affaires. Dans les autres cas, si la femme a consenti ou si l'impense a été faite sur un propre du mari, c'est le montant même de la dépense qui devra être pris en considération pour fixer la quotité de la récompense.

Les récompenses, en effet, se présentent dans deux circonstances qui doivent être régies par des règles semblables : elles sont dues par la communauté à l'un des époux ou par l'un des conjoints à la communauté. Dans la première hypothèse nous avons vu que ce qui doit être remboursé à l'époux créancier, c'est ce qui est tombé dans la communauté de son chef, ce qui provient de son patrimoine. Il faut qu'il en soit de même, ici la situation étant la même : la communauté est débitrice parce qu'elle a touché une partie du patri-

moine de l'un des époux, le conjoint est débiteur parce qu'il a touché une partie de l'actif de la communauté, qu'elle a été employée à son profit. Dans les deux cas, il y a obligation *re*, ce qui est dû c'est la chose même, qui est à la fois cause et objet de l'obligation, et rien autre.

Sans doute cette théorie n'a pas été soutenue avec une pareille netteté dans notre ancien droit, mais elle s'y trouve en germe chez certains auteurs. Si elle n'a pas triomphé c'est qu'on s'est laissé égarer par l'idée que l'enrichissement seul devait être la base de la récompense, c'est que l'on ne voyait que l'avantage possible pour l'un des époux. Même avec ce point de départ, le deuxième système aurait dû être préféré, car il suffisait, pour constater toute sa supériorité, de remarquer que lui aussi tient compte de l'enrichissement pour fixer le chiffre de la récompense. Seulement, pour voir quel en est le montant, on se place dans cette théorie, au moment même où le conjoint prend dans la communauté une certaine somme, car dès lors il y a enrichissement donnant naissance à une récompense, quels que soient les résultats de l'emploi qui a été fait de cette somme.

La preuve de l'exactitude de cette théorie est facile à fournir. Déjà, dans notre ancien droit, et aujourd'hui encore, tous les auteurs sont unanimes pour admettre la solution suivante. Pendant la communauté, la maison de l'un des conjoints est réparée, puis brûle peu de

temps avant la dissolution de la communauté, si bien qu'il n'y a pas le temps de la reconstruire; il y aura cependant récompense ¹. Cette concession condamne le principe; s'il était exact, il faudrait l'appliquer et dire que la maison ayant brûlé l'enrichissement produit par l'impense a disparu et, avec lui, le droit à la récompense.

Il y a plus : la communauté a déboursé 20,000 livres, et le profit se trouve être de 30,000 livres, l'époux gagnera 10,000 livres, et cependant si la théorie qui prend pour base le profit était exacte, la récompense devrait porter sur les 30,000 livres. Un principe qu'on ne peut suivre est mauvais et doit être abandonné. Il faut alors adopter résolument la deuxième théorie, et c'est ce que nous ferions encore sous l'empire du Code civil de 1804 ².

1. Lebrun, *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section 1, distinction 7, numéro 18, le dit déjà, quoi qu'il admette que la récompense doit être du profit retiré par l'époux débiteur. Pour être logique il aurait fallu, comme le fait Renusson ayant au moins le courage, sinon le mérite, de suivre jusqu'à ses dernières conséquences le principe qu'il admettait, décider que le conjoint ne doit aucune récompense à la communauté. Renusson. *Traité de la Communauté*, 2^e partie, chapitre III, numéro 13.

2. D'autant plus qu'aujourd'hui on peut encore invoquer d'autres arguments qui militent en faveur de ce système. D'abord, dans plusieurs textes, le législateur fixe le montant de la récompense non pas au profit retiré, mais à la somme fournie par la communauté (voy. par exemple l'article 1408).

Puis l'article 1437, croyons-nous, peut aussi bien être invoqué par

Le paiement de cette récompense était poursuivi par une action de mi-denier, action analogue à celle de l'article 155 de la Coutume de Paris ¹. Nous la retrouverons à propos d'un autre cas de récompense, motivé par un retrait lignager exercé pendant le mariage.

§ 3. — *Récompenses dues pour constitution de dot faite au profit d'un enfant commun ou d'un enfant d'un premier lit.* — A côté du cas où des deniers ont été tirés de la communauté pour faire des améliorations ou des réparations sur le propre de l'un des époux, il faut examiner celui où le fonds commun a servi à doter un enfant et, ici, une subdivision s'impose selon que l'enfant est né du mariage ou d'un précédent mariage de l'un des époux.

1° *Constitution de dot faite au profit d'un enfant né du mariage.* — S'il s'agit d'un enfant commun on

nous que par la doctrine adverse. On ne le lit qu'en s'attachant à sa partie finale, ce qui permet d'en tirer argument contre nous, mais si on prend le texte dans son entier, on voit que le mot *en* se rattache aussi bien à la première partie « toutes les fois qu'il est tiré une somme de la communauté » qu'à la deuxième. *En* peut parfaitement désigner la somme tirée de la communauté, et tout ce que nous concédons, c'est que le texte étant ambigu ne doit être invoqué par aucun système. Mais alors le principal argument de nos adversaires s'écroule tandis qu'il n'est pas besoin de s'appuyer sur cet article pour décider que la récompense sera toujours de la somme déboursée par la communauté.

1. Lebrun, *Traité de la Communauté*, livre III, chapitre II, section 1, distinction 7, numéro 10.

décidait qu'il y avait, pour les époux, obligation naturelle de le doter. De même que les autres obligations naturelles, celle-ci ne donnait naissance à aucune action ; mais, si elle avait été exécutée, il n'y avait aucun moyen de revenir sur ce qui avait été fait.

Cette obligation étant personnelle à chacun des conjoints pour moitié, il en résultait que, si une dot avait été promise par les deux époux conjointement, chacun d'eux en était tenu pour moitié. Par conséquent, au moment de la dissolution du mariage, la femme ou son mari devaient récompense pour moitié des sommes tirées de la communauté. La femme pouvait toutefois stipuler qu'elle n'entendait s'engager que sur sa part de communauté, et alors la quotité de la dot qu'elle devait supporter ne pouvait être prise sur son patrimoine propre, mais seulement sur ce qui devait lui revenir de la communauté lors du partage. Si sa part de communauté était insuffisante pour payer la somme qu'elle avait promise, c'était au mari qu'incombait la charge de parfaire la dot.

Supposons que la dot constituée soit de 50.000 livres ; si la communauté n'est que de 40.000 livres, la femme laissera les 20.000 livres qui lui reviennent dans la communauté. Le mari ne touchera rien non plus du capital commun et devra en outre verser 10.000 livres de son patrimoine propre. Toute dette de la communauté étant dette du mari, il doit en effet payer, outre les 25,000 livres qu'il a promises pour sa part, les

5.000 livres que sa femme s'était engagée à fournir sur ce qui lui reviendrait dans la communauté. Si la femme n'avait pas stipulé qu'elle entendait n'engager que sa part de communauté, elle aurait dû, comme son mari, prendre 5,000 livres sur son patrimoine pour exécuter son obligation. Mais grâce à la stipulation qu'elle avait faite, sa fortune particulière restait intacte. Libre de ne pas doter, elle pouvait le faire sous telle condition qu'il lui plaisait de mettre à sa libéralité.

Du principe que l'obligation de doter était purement naturelle, il s'en suivait que, pour être obligée, il fallait que la femme eût parlé au contrat. Le mari n'avait donc pas le pouvoir de l'obliger.

Ceci demande pourtant une explication. Cette proposition n'est vraie qu'en ce sens, c'est que, en stipulant au nom de sa femme, en promettant en son nom la moitié de la dot qu'il constituait, le mari ne pouvait l'obliger à payer cette part sur ses propres ; mais il avait au contraire le droit de l'engager jusqu'à concurrence de sa part dans la communauté.

Cependant Lebrun indique une autre interprétation. Il tient que le mari ne peut engager que sa part de communauté. C'est bien une obligation naturelle que celle de doter les enfants, mais ce n'est qu'une obligation naturelle, et de là résulte que l'on ne peut être contraint de l'exécuter contre sa volonté. Même dans le dernier état du droit romain, où le père était contraint de doter, la mère ne contribuait à la dot que si elle le

voulait bien. Si l'on permettait au mari d'engager la part de sa femme dans la communauté, on l'autoriserait ainsi à acquitter la dette naturelle de celle-ci aux dépens de la communauté, ce qui revient à contraindre sa femme à exécuter son obligation naturelle. Ce serait d'autant plus injuste qu'elle n'aura peut-être pas d'autres biens pour subvenir à ses besoins après la dissolution de la communauté, et c'est l'opinion de Dumoulin sur l'article 107 de l'ancienne Coutume de Paris. Enfin, ajoute-t-il, en décidant autrement, on risque de diminuer le respect des enfants pour la mère en ne les laissant pas sous sa dépendance et en permettant au père seul de les doter sur les biens communs. Il faut donc, dit Lebrun en terminant, conclure de tous ces motifs que le mari ne peut, pour doter un enfant né du mariage, engager la part de communauté qui doit revenir à sa femme. S'il le fait, il devra récompense ; la moitié de cette dot irrégulièrement constituée devra être rendue à la femme, à moins qu'il n'ait été convenu dans le contrat de mariage que le père pourrait, pour doter les enfants communs, employer tout l'actif de la communauté sans en devoir récompense ¹.

Malgré la double autorité de Dumoulin et de Lebrun, nous pensons que l'autre théorie d'après, laquelle le mari pouvait engager la part de sa femme dans la communauté pour doter un enfant commun, sans qu'il soit

1. Lebrun, *loco citato*, numéro 45.

besoin de son consentement, alors même qu'il ne se serait pas réservé ce droit par son contrat de mariage, était plus juridique. La raison en est que le mari était souverain maître de la communauté et pouvait en disposer à son gré, à la seule condition que ce fût « *à personne capable et sans fraude* ». Il suffit de lire l'article 225 de la Coutume de Paris pour s'en convaincre. Nous ne sommes pas ici dans un cas de disposition prohibé par cet article. La donation s'adresse à des enfants communs ¹, et le mari, en la faisant, acquitte une dette naturelle de sa femme : quel meilleur emploi pourrait-il faire des biens de la communauté ?

Il y avait, au reste, une disposition qui autorisait formellement le mari à doter les enfants communs avec les biens de la communauté, sans en devoir récompense à sa femme ; c'était l'article 422 de la Coutume de Bretagne ². Toutefois Lebrun, se fondant sur une observation de d'Argentré, enseigne que cela n'était permis que lorsque la femme avait par devers elle une fortune suffisante pour assurer sa subsistance.

La jurisprudence n'avait pas admis cette théorie. Un arrêt du 29 décembre 1617, cité par Brodeau sur

1. Renusson, *Traité de la Communauté*, 1^{re} partie, chap. VI, n° 42.

2. L'article 422 de la Coutume de Bretagne est ainsi conçu : « Le père peut faire assiette du mariage de ses filles, en ses conquêts, sans le consentement de sa femme, et sans qu'elle en puisse demander récompense, si les filles sont du mariage d'eux deux. »

Louët¹, avait consacré la doctrine contraire et décidé que le mari avait toujours le droit de disposer de la communauté pour doter les enfants nés du mariage. C'était aussi le sentiment de Renusson et de son annotateur, Sérieux. Ces jurisconsultes rapportent en faveur de leur opinion, un arrêt du 19 mars 1708, par lequel il fut décidé qu'un sieur Tribouleau, marchand de vins de Louis XIV, avait légitimement donné en dot à son fils sa terre de Bondy, qui était un conquêt de communauté. Cet arrêt déclare que la femme n'a droit à aucune récompense². La jurisprudence du Parlement persévérait donc dans cette voie, puisque l'arrêt de 1708 ne fait que confirmer celui de 1617 dont nous avons déjà parlé.

C'est aussi à cette solution que s'arrête Pothier³ (sauf lorsqu'il ressort des termes du contrat de constitution de dot que le mari a voulu doter seul), et il répond très justement à Lebrun qu'un conjoint peut bien devoir récompense à la communauté de ce qu'il en a tiré pour acquitter une dette qui lui est propre, mais que la dot d'un enfant commun n'est pas moins la dette de la femme que celle du mari. Celui-ci avait donc le droit de la faire contribuer à la constitution de dot,

1. Brodeau sur Louët. Lettre D., n° 48.

2. Renusson, *Traité de la Communauté*, 1^{re} partie, chap. XIII, nos 4 et 5.

3. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 648.

pour la part qui lui revenait dans la communauté, sans qu'il fût besoin de son consentement, puisque, en sa qualité de chef de la communauté, il avait qualité suffisante pour la représenter dans tous les actes par lesquels il disposait de la communauté.

Si donc le père avait promis une dot et l'avait fournie des deniers de la communauté, celle-ci n'avait pas droit à récompense de ce chef. Si la dot n'a pas encore été payée au moment de sa dissolution, il faut même dire qu'elle devait être prise d'abord sur l'actif de la communauté et, subsidiairement, sur les biens propres du mari en cas d'insuffisance de la masse commune.

Quant à la femme, elle n'était tenue de la dot sur ses biens personnels que si elle était intervenue au contrat et y avait pris des engagements. Dans quelle mesure était-elle obligée ? cela dépendait de l'acte de constitution lui-même. Si les époux avaient doté conjointement, sans préciser la part pour laquelle chacun d'eux entendait s'engager, ils étaient censés avoir promis la dot par moitié. Comme il s'agissait de l'exécution d'une obligation naturelle qui pesait également sur les deux conjoints, on avait, avec raison, décidé que, chacun d'eux ayant un intérêt égal à doter leur enfant, ils seraient tenus de la dot pour moitié. Par conséquent, dans le cas où l'un d'eux avait payé plus que sa part, il avait droit à récompense.

Dans le cas, au contraire, où ils avaient indiqué la proportion dans laquelle ils voulaient respectivement

contribuer à la constitution, leur situation était réglée par les stipulations du contrat. La femme pouvait avoir stipulé qu'elle ne voulait s'obliger que sur sa part de communauté, et n'engager nullement ses propres, ce qui était parfaitement légitime. Elle aurait pu ne pas doter puisqu'il ne s'agissait pour elle que d'une obligation naturelle; elle était donc libre de l'exécuter selon ses convenances ¹.

Les parties ont pu déclarer qu'elles dotaient pour parts inégales : la femme supportera un quart de la dot et les trois autres quarts resteront à la charge du mari, ou inversement. Dans cette hypothèse, si la dot a été payée des deniers de la communauté, il y aura lieu, lors de la dissolution, à un règlement de comptes qui donnera naissance à des récompenses. La communauté ayant payé, chaque époux se trouve avoir contribué pour moitié au paiement de la dot, et comme, d'après leurs conventions, l'un doit en supporter un quart, l'autre trois quarts, il se trouve que si l'un a versé un quart de trop, l'autre doit encore un quart. De là, une double récompense, l'une due par la communauté à celui des époux qui ne s'était engagé que pour un quart, l'autre due à la communauté par celui qui avait promis les trois quarts ².

Lorsque les père et mère n'avaient pas doté conjointement,

1. Pothier, *loco citato*, n° 650.

2. Pothier, *loco citato*, n° 651.

ment et agissaient seuls, il fallait distinguer selon que c'étaient le mari ou la femme qui avaient parlé au contrat. Si c'était le père, il pouvait engager ses biens propres et la communauté tout entière ; si c'était la mère, elle pouvait également engager son patrimoine propre, mais elle n'engageait que sa part de communauté.

Les principales conséquences de cette règle de notre ancien droit étaient les suivantes. Le père avait doté seul et fourni la dot en effets de la communauté, il ne devait aucune récompense, sauf s'il avait déclaré qu'il voulait être seul à supporter la dot, ou si cela résultait des circonstances ¹. — Si la somme promise n'avait pas encore été versée au moment de la dissolution du mariage, elle devait être prise sur la communauté. Si le père avait parlé seul et donné en dot un de ses immeubles propres, il était censé avoir voulu doter seul ².

Si la femme avait doté seule, avec l'autorisation du mari, et que la dot eût été fournie en effets de la communauté, elle devait récompense pour ce qui dépassait la valeur de ce qui lui était advenu dans la communauté. Ayant parlé seule, elle ne pouvait engager que ses propres et sa part de communauté ; l'autorisation du mari ne lui a pas permis d'obliger la com-

1. Pothier, *loco citato*, n° 636.

2. Pothier, *loco citato*, n° 637.

munauté tout entière mais n'a eu pour résultat que de lui permettre de s'engager¹.

2°. — *Constitution de dot faite au profit d'un enfant d'un premier lit de l'un des époux.* — Lorsque l'un des conjoints avait des enfants d'un premier lit, ces enfants étaient des étrangers pour l'autre époux ; il n'était tenu vis-à-vis d'eux d'aucune obligation, ni civile, ni naturelle.

En conséquence, quand l'un d'eux s'établissait par mariage, et que la dot que son auteur lui constituait était fournie par la communauté, celle-ci avait droit à une récompense contre l'époux constituant. Dans le cas, au contraire, où la dot était fournie par les propres de l'autre conjoint c'était lui qui devait être indemnisé par l'époux dont il avait acquitté la dette.

Occupons-nous de la première hypothèse.

Pendant longtemps, il fut permis au père qui avait un enfant d'un premier lit de se servir, pour le doter, des biens de la communauté qui existait entre lui et sa seconde femme. Il était seigneur et maître de cette communauté et pouvait donc en disposer comme il l'entendait. Mais on finit par trouver injuste de voir les biens communs, formés peut-être en grande partie par les apports de sa nouvelle femme, sur lesquels elle

1. Pothier, *loco citato*, n° 659.

avait, en tout cas, le droit de compter, au moins pour moitié, servir à doter un enfant qui lui était étranger et pour lequel elle n'avait bien souvent aucune affection. On utilisa une fois de plus l'article 225 de la Coutume de Paris, dont on avait fait sortir la théorie des récompenses, et on interpréta ses derniers mots pour empêcher le mari de faire un tel emploi de la masse commune.

Le mari est libre, dit-on, de disposer de la communauté, dont il est maître et seigneur ; mais c'est à condition que la donation qu'il veut faire s'adresse « *à personne capable et sans fraude* ». Ce serait précisément agir en fraude de la femme que de donner tout ou partie des biens communs à un enfant qui n'est pas le sien ¹. D'autres se fondaient, pour prohiber la donation, sur ce que l'enfant né d'un premier lit doit être regardé comme une personne incapable de recevoir ².

Par voie d'analogie, on décida que si c'était un enfant d'un premier lit de la femme qui était doté, il y aurait également lieu à récompense ³. Cette solution s'imposait avec d'autant plus de force qu'il existait un troi-

1. Ferrière, *Commentaire sur la Coutume de Paris*, sous l'article 225.

2. Renusson, *Traité de la Communauté*, 1^{re} partie, chapitre VI, numéro 9.

3. Pothier, *loc. cit.*, numéro 644.

sième motif pour obliger l'époux dont l'enfant a été doté à tenir compte à la communauté de ce qu'elle avait payé. Ce motif nous est signalé par Pothier ¹ : toutes les fois que la communauté a servi à acquitter une dette propre à l'un des époux, il en doit récompense. L'obligation de doter l'enfant d'un premier lit est bien une dette propre pour le père ou la mère. On décida donc qu'une récompense serait payée par l'auteur de l'enfant doté : la coutume du Bourbonnais s'en explique formellement dans son article 239 ², et c'est la règle universellement admise ³.

Par une conséquence logique, les Coutumes qui pro-

1. Pothier, *loc. cit.*, numéro 614.

2. Coutume de Bourbonnais, art. 224 : « Quand aucune somme promise en contract de mariage à aucuns enfans mariez par leur père et mère ou par leur père seulement constant le mariage, n'a esté payée, n'acquittée durant leur communauté, le survivant est tenu payer la moitié de ce qui reste de ladite somme, et les héritiers du prémourant l'autre moitié ; mais si durant ledit mariage les pères et mères marient leursdits enfans issus d'autre mariage, et les sommes de deniers promises auxdits enfans ne sont acquittées constant iceluy, le père ou mère desdits enfans ou leurs héritiers, sont tenus de payer entièrement ce qui restera de ladite somme ainsi promise, sinon qu'il y eust renonciation faite par lesdits enfans, à laquelle l'autre desdits conjoints prinst profit, prorata d'iceluy ; mais si lesdites sommes promises à enfans issus d'autre mariage, sont acquittées durant et constant le second mariage, le père ou mère desdits enfans sont tenus de rembourser, et rembourseront l'autre desdits mariez qui n'est père ou mère, de la moitié seulement, sinon qu'il y eust en renonciation à laquelle il eust eu profit, comme dit est ».

3. Renusson, *Traité de la Communauté*, 2^e partie, chap. III, n° 16.

hibaient les avantages entre époux *constante matrimonio*, déclarent que la femme qui doterait son enfant du premier lit, conjointement avec son second mari, devrait récompense pour tout le montant de la dot. Elles considéraient qu'il y avait là un avantage indirect de la part du mari, et que l'enfant doté jouait le rôle de personne interposée pour faire arriver la libéralité à la mère. Le beau-père ne pouvait, durant le mariage, rien donner à l'enfant de sa femme, et son intervention était interprétée dans le sens d'une autorisation donnée à sa femme de s'obliger, autorisation sans laquelle elle n'aurait pu disposer de ses biens.

Il y avait cependant une exception à cette règle. Elle se trouvait dans l'article 283 de la Coutume de Paris qui permettait à l'époux qui n'avait pas d'enfant de doter ceux que son conjoint avait eus d'un précédent mariage ¹. Mais, chose curieuse, malgré l'empire si grand de la Coutume de Paris, cette solution ne fut pas étendue aux Coutumes qui ne contenaient pas de disposition expresse, tant était fortement enracinée dans notre ancienne législation la haine des avantages entre époux.

1. Pothier, *Traité de la communauté*, n° 642. L'article 283 de la Coutume de Paris s'exprime ainsi : « Ne peuvent lesdits conjoints donner aux enfans l'un de l'autre d'un premier mariage au cas qu'ils, ou l'un d'eux, ayent enfans. » Il y eut discussion sur le sens de cet article et la jurisprudence adopta l'interprétation qu'indique Pothier. Brodeau sur Louet, lettre D, n° 17. V. cependant pour la doctrine opposée Ferrière sur l'article 283.

§ 4. — *Récompenses dues pour acquisitions constitutives de propres faites au cours du mariage.* —

Nous arrivons à une série d'acquisitions qui, faites pendant la communauté, constituaient des propres et étaient par suite la source de récompenses. Ces acquisitions ne forment pas des conquêts de communauté, parce qu'elles avaient lieu en vertu d'un droit préexistant au mariage. Les principales étaient le retrait lignager, le retrait féodal, l'achat, pendant le mariage, d'un immeuble propre, l'exercice d'un réméré. Dans tous ces cas, l'immeuble acquis au cours de l'association conjugale avait été propre à un moment donné ou était, par sa nature, destiné à le devenir un jour.

Occupons-nous d'abord des deux retraits pour lesquels les raisons de décider se retrouvent à peu près semblables et commençons par le retrait lignager, nous n'aurons ensuite que quelques explications à ajouter pour le retrait féodal.

La propriété immobilière privée fut longue à se constituer et, pendant des siècles, on ne connut que la propriété collective. Parmi les Francs, à l'époque de l'invasion, elle existait encore, au moins pour la majorité des terres ¹. Cet état de choses laissa des traces dans notre droit coutumier et notamment une institution remarquable : le retrait lignager. La propriété de collec-

1. Il n'y avait alors, comme propriété privée, que la maison d'habitation et un certain espace à l'entour. Viollet, *Histoire des institutions privées*, 1^{re} édit., p. 474.

tive, devint familiale ; or, la terre de famille ne peut être vendue à la légère, mais seulement au cas de nécessité absolue. Ce n'est pas un bien dont on puisse librement disposer, on l'a reçue de ses aïeux pour la transmettre à ses descendants. Aussi est-il défendu de vendre un héritage sans s'être assuré le consentement de ses héritiers présomptifs en leur faisant constater la nécessité absolue dans laquelle on se trouvait de s'en défaire. Ceux-ci étaient ainsi mis en mesure d'aider leur parent dans le besoin ou de lui acheter sa terre. S'ils ne le faisaient pas ils étaient censés consentir à la vente.

Mais cette obligation de démontrer ou de jurer la nécessité absolue où l'on se trouvait de vendre était fort gênante dans la pratique. Une simplification fut introduite et l'on admit la liberté, pour le propriétaire, de disposer de son bien, sauf la faculté, pour les parents lignagers, de se substituer à l'acheteur et, comme ils pouvaient ne pas connaître de suite la vente, ils avaient un an pour exercer leur droit.

Supposons donc que, pendant le mariage, il y ait lieu d'exercer un retrait lignager. C'est un parent de l'un des conjoints qui a vendu un immeuble et le mari exerce le retrait, soit en son nom, soit en celui de sa femme. Que va-t-il arriver, et quelle sera, lors de la dissolution du mariage, la situation de ce bien ? On décidait qu'il constituait un propre pour le conjoint du chef duquel il avait été retrait, sauf pour lui l'obliga-

tion de payer le mi-denier. La communauté appartenait pour moitié aux deux époux, et l'héritage se trouvant racheté pour moitié des biens de celui pour qui il devenait un propre et pour moitié des biens appartenant à son conjoint, il était juste que celui-ci fut remboursé de ce qu'il avait payé.

C'est ce que disent les Coutumes qui s'expriment formellement sur ce point ¹. Mais cette solution devait-elle être étendue dans les Coutumes muettes ? C'est ce que l'on se demanda, et l'on se décida pour l'affirmative. La raison de douter était que l'héritage était, en somme, acquis des deniers de la communauté, et aurait par suite dû constituer un conquêt. Mais on observa que ce serait violer les règles du retrait et le détourner de son but. Violer ces règles, car le retrait ne peut être exercé que par une lignager, or, faire de l'héritage un conquêt, c'eût été, en réalité, l'attribuer pour moitié au conjoint qui n'était pas lignager, et permettre à un

1. Voyez en ce sens l'article 382 de la Coutume d'Orléans et surtout l'article 383 ainsi conçu : « L'héritage retiré est tellement affecté à la famille, que si le retrayant meurt délaissant un héritier des propres et un héritier des acquets, tel héritage doit appartenir à l'héritier des propres de ladite ligne, dont est venu et issu ledit héritage, et non à l'héritier des acquets : en rendant toutefois dedans l'an et jour du décès aux héritiers desdits acquets, le prix dudit héritage, avec les loyaux cousts et mises. »

Voyez également sur cette question Pothier, *Commentaire de la Coutume d'Orléans*, Introduction au titre XVIII, n° 5, et Introduction au titre X, n° 12.

étranger l'exercice d'un droit qui n'était accordé qu'aux membres de la famille. C'était, en outre, détourner l'institution de son but, car le retrait n'avait été introduit dans notre législation coutumière que pour empêcher l'héritage familial de se perdre au préjudice de la famille en allant se fondre dans un patrimoine étranger. Il ne devait donc profiter qu'à un lignager. Or, en déclarant acquêt l'héritage retiré, le résultat que le retrait avait précisément pour but d'éviter se produisait nécessairement puisque le bien retrait tombait dans la communauté, et entraît par suite pour moitié dans le patrimoine d'un non-lignager. Ces raisons étaient trop puissantes pour qu'on ne s'y rendit pas. Partout on admit qu'il était loisible au lignager de garder la totalité de l'héritage retiré, à la charge pour lui de rembourser à son conjoint la moitié des sommes prises dans la communauté pour en faire l'acquisition.

Envisageant une hypothèse différente, supposons qu'un des époux possède un fief. De ce fief dépend un héritage qui a été concédé à un vassal. Ce vassal vient à vendre son fief, et le mari, administrateur du patrimoine de sa femme et du sien, exerce le retrait féodal. Il se substitue à l'acheteur, soit qu'il ne lui convienne pas de l'agréer comme vassal, soit que, le prix de vente ayant été très faible, il voie là une bonne opération à réaliser. Cet immeuble va-t-il se réunir au fief dont il a été démembré ou bien formera-t-il un conquêt de communauté? Cette dernière, en un mot, a-t-elle fait l'achat

pour son compte, ou bien est-ce l'époux propriétaire du fief dominant qui en profitera?

Un certain nombre de Coutumes portent que l'héritage est propre. C'est ainsi que la Coutume de Poitou, dans son article 339, décide que dans le cas d'un retrait, soit lignager, soit féodal, l'immeuble retrait sera commun entre les époux et formera un conquêt. Mais elle ajoute que les héritiers de l'époux qui avait le droit de retraire seront reçus, pendant un an et un jour à partir de la dissolution du mariage, à réclamer la totalité de l'héritage, en payant la moitié du prix à l'autre conjoint ou à ses héritiers.

La Coutume de Nivernais, en son article 28 des *Droits des Gens Mariez*, pose une règle semblable, et son article 30 dit aussi que le délai est d'un an et un jour; mais, s'il faut en croire Guy Coquille, il était, en pratique, porté à deux ans ¹.

D'autres Coutumes adoptent un délai différent, par exemple la Coutume de Berry, qui accorde seulement

1. Guy Coquille, *Commentaire sur la Coutume de Nivernais*. Sous l'article 28, titre *Des Droicts de Gens Mariez* : « En nostre Coustume si le survivant lignager, ou l'héritier du défunct lignager, ne tient compte de faire le remboursement dedaus l'an après la dissolution, et à ce moyen la moitié dudit héritage soit faicte conquest au non lignager, ut infra, art 30, ie croy qu'il se peut dire que dedans l'an après ce premier an passé, le lignager pourrait exercer l'action de retraict, comme estant ladicte moitié sortie hors du lignage par vray effect à la fin de ce premier an, et non plus tost ».

soixante jours à partir de la dissolution du mariage¹.

Certaines Coutumes, enfin, distinguent selon qu'il y a ou non des enfants du mariage, disant : les unes, qu'il n'y aura pas lieu à retrait s'il y a des enfants²; les autres, que les enfants seront préférés à tous autres lignagers pendant les six mois qui suivent la dissolution du mariage³; s'il y a concurrence, les enfants l'emporteront.

Mais, si les solutions reçues dans les Coutumes qui s'exprimaient sur notre question étaient diverses, beaucoup de Coutumes n'en contenaient aucune. Comment alors résoudre la question? L'embarras était d'autant plus grand que le guide habituel en pareil cas manquait ici : la Coutume de Paris était muette. Ce fut un arrêt du Parlement en date du 15 septembre 1594 qui

1. Coutume de Berry, au titre *De retrait lignagier*, art. 24 : « Retraict fait par le mary à cause de sa femme, rend l'héritage retiré propre à la femme et à ses héritiers en remboursant par la femme ou ses héritiers, ou mary, ou à ses héritiers, la moitié du pris et loyaux cousts desboursez par le mary pour ledit retrait, dedans soixante jours, à compter du jour de la mort; et s'elle renonçoit à la communauté, sera tenue de rembourser tout le pris durant ledit temps; autrement, en deffaut de ce faire dedans iceluy, ledit héritage sera réputé conquest; et le semblable en l'acquisition qui seroit faite par le mary de ses parens, constant le mariage, d'aucun héritage propre de son costé et ligne, lequel demourra au mary et à ses hoirs comme propre, en remboursant par le mary ou ses héritiers, la moitié du pris et loyaux cousts à la femme, ou à ses héritiers, dedans lesdits soixante jours, autrement sera réputé conquest. »

2. Coutume de Melun, article 152.

3. Coutume d'Auxerre, article 181.

vint mettre fin aux hésitations. Voici l'espèce : la Coutume de Boullenois ne parle pas du retrait de mi-denier, et il s'agissait de savoir si, un mari ayant acquis par retrait féodal un héritage qui était de ses côté et ligne, ses héritiers pouvaient le conserver en remboursant moitié du prix qu'il avait coûté, ou si sa veuve avait le droit d'en conserver la moitié ?

La veuve prétendait que, d'après les règles de la communauté, toutes les acquisitions faites durant le mariage, excepté celles venant d'un parent par succession, se divisaient de plein droit entre les conjoints, et que chacun d'eux devait en recueillir la moitié en nature lors de la dissolution du mariage. Elle ajoutait que, dans le cas particulier, il y allait d'un grand intérêt pour elle, parce que le retrait avait été opéré à un moment où les immeubles avaient peu de valeur. En lui donnant gain de cause, on n'attribuerait pas l'héritage retiré à un étranger, puisque, par l'effet du mariage, *erat os ex ossibus mariti*, et que si, durant la vie du mari, ils n'avaient formé qu'une seule et même personne, *duo in carne una*, il n'était pas douteux qu'elle continuât la personne du défunt. A tout le moins devait-on, si l'on jugeait autrement, décider qu'elle devait recevoir moitié de la valeur de l'héritage, estimé au moment de la dissolution de la communauté, et non du prix moyennant lequel le retrait avait été effectué, car, sans cela, elle serait privée de sa part des bénéfices réalisés pendant le mariage.

Les héritiers du mari ripostaient que le retrait féodal devait être traité comme le retrait lignager, pour lequel on avait jugé plusieurs fois que le retrait de mi-denier est un droit général partout où il y a communauté. Ils faisaient valoir que le retrait lignager avait été introduit pour sauvegarder les intérêts de la famille et assurer la conservation des héritages ; qu'il avait sa source dans le *jus agnationis et sanguinis*, et qu'en conséquence la femme ne pouvait pas recueillir la moitié de l'héritage retiré. Ils ajoutaient que mêmes raisons de décider existaient en faveur du retrait féodal et devaient faire juger qu'il a pour résultat de réunir au fief dominant l'immeuble qui en a fait autrefois partie. Le fief étant propre au mari, l'héritage devait donc l'être aussi.

Enfin, disaient les héritiers, peu importe qu'il y ait ici pour la femme un grand intérêt pécuniaire en jeu : elle est dans la même situation que le mari et, si elle avait possédé le fief, elle aurait également profité du retrait féodal. Et la preuve que ces retraits ont quelque chose de particulier qui doit les rendre constitutifs de propres, c'est qu'ils seront exercés au nom de l'époux qui est de la ligne ou à qui appartient le fief.

Le Parlement fut favorable aux prétentions des héritiers du mari et leur accorda gain de cause ¹. Cet arrêt

1. *Arrêts de Brodeau* sur Louet, lettre R, numéro 3. Lamoignon, *Arrestez*, n° 42 au titre de la *Communauté*.

a une grande importance, car les motifs invoqués de part et d'autre s'appliquaient à la fois au retrait lignager et au retrait féodal.

Après l'avoir rapporté, Brodeau ajoute : « *Il y a grande différence entre acquérir et retirer par retrait lignager* ». La différence existait, il est vrai, mais elle n'était pas aussi grande que veut bien le dire Brodeau ; elle se trouvait plus marquée sur le terrain de la théorie que sur celui de la pratique. En effet lorsqu'il s'agissait d'un retrait, il y avait constitution de propre, à charge par l'époux qui en bénéficiait de payer le mi-denier. Mais celui à qui appartenait le propre pouvait, il ne faut pas l'oublier, laisser l'héritage dans la communauté où il se partageait comme tous les autres conquêts. S'il s'agissait, au contraire, de l'acquisition d'un héritage propre (car c'est bien de celle-là que veut parler Brodeau), que se passait-il ? Pendant le mariage il n'y avait pas lieu à retrait et l'héritage était réputé conquêt alors que l'immeuble retiré était réputé propre. Voilà, semble-t-il, une grosse différence ; avançons un peu plus et nous la verrons disparaître presque complètement. C'est au moment de la dissolution que les conséquences de cette diversité de conception vont se manifester. Eh ! bien, à cette époque, le principe était que l'héritage doit se diviser également entre le survivant et les héritiers du prédécédé ; mais, dans l'année qui suit sa mort, les héritiers du retrayant ont le droit de prendre

le tout en restituant moitié de la somme qui a été payée pour faire l'acquisition.

Il y a donc, au fond, une situation identique : les héritiers du lignager peuvent, dans tous les cas, conserver le bien qui vient de leurs parents. Il n'était pas possible qu'il en fût autrement, étant donné l'importance qu'avait alors la propriété foncière et le soin jaloux qu'on mettait à en assurer la conservation dans les familles sous un régime qui était fondé sur l'exaltation de la terre dont le propriétaire n'était plus que l'humble servant et tirait d'elle son importance, son rang social et souvent même son nom.

Cette solution, que nous venons d'indiquer brièvement, est contenue dans l'article 155 de la Coutume de Paris¹. Ce n'est pas là une disposition nouvelle ; elle était déjà renfermée dans la première rédaction de la Coutume. Elle décide que lorsqu'un héritage propre de

1. Article 155 de la Coutume de Paris : « Quand aucun héritage propre est acquis durant et constant le mariage de deux conjoints, dont l'un d'iceux est parent lignager du vendeur, du côté dont ledit héritage appartenait audit vendeur, tel héritage ainsi vendu ne gît en retrait durant et constant ledit mariage ; mais après le trépas de l'un desdits conjoints la moitié dudit héritage gît en retrait à l'encontre de celui qui n'est pas lignager, ou ses hoirs : s'ils ne sont lignager du vendeur, du côté et ligne dont ledit héritage appartenait à icelui vendeur, dans l'an et jour du trépas du premier mourant desdits conjoints ; supposé qu'il y eût saisine ou inféodation prise durant icelui mariage ; en rendant et payant par le retrayant la moitié du sort principal, frais et loyaux coûts ». Cet article reproduit l'ancien article 184. Il fut copié par l'article 381 de la Coutume d'Orléans.

L'un des époux est acquis pendant le mariage, il sera un conquêt : c'est un bien payé des deniers de la communauté et, comme tel, il doit se partager entre les deux conjoints auxquels il appartient également pour moitié. Mais un autre principe veut qu'il soit propre, car, s'il n'avait pas été acquis pendant la communauté, il était destiné, par sa nature, à former un propre. Il fallait trouver un moyen de concilier ces deux principes, et l'on y parvient de la manière suivante. On décide, en vertu de la première règle, que l'héritage se divisera, au jour de la dissolution du mariage, entre les deux conjoints. Mais on ajoute immédiatement que celui qui n'est pas lignager, ou ses héritiers, sont obligés de permettre à l'autre, si telle est sa volonté, de prendre la totalité de l'héritage en remboursant la moitié du prix et des loyaux coûts. Le lignager se substitue pour moitié à son conjoint, comme celui qui exerce le retrait lignager se substitue au premier acquéreur. Il doit lui rembourser la moitié des deniers qui ont été pris dans la communauté pour faire l'acquisition; de là vient le nom de retrait de mi-denier donné à cette institution.

Les auteurs relevaient cinq conditions nécessaires pour qu'il y ait lieu à retrait de mi-denier. Nous allons les énumérer brièvement. Il fallait :

1°) Que le bien dont il s'agissait ait été *acheté* durant la communauté. S'il était échu par succession, il eût été propre sans récompense; s'il y avait eu un

retrait, lignager ou féodal, il aurait également constitué un propre ;

2°) Que l'un seulement des conjoints fût parent de côté et ligne, sans quoi l'immeuble leur eût été propre à tous deux et, chacun ayant des droits égaux au retrait, il n'aurait pu être exercé ;

3°) Qu'il y fût procédé dans l'année du décès du prémourant ou, s'il n'y avait pas eu ensaisinement, inféodation ou insinuation en la juridiction royale du lieu, dans les trente ans ;

4°) Il ne pouvait s'exercer qu'à partir du jour de la dissolution du mariage par décès de l'un des conjoints. Le délai, passé lequel le retrait ne pouvait plus être exercé, ne courait pas par la séparation de corps et de biens ;

5°) Il fallait enfin qu'il n'y eût pas d'enfants du mariage.

L'époux qui avait le droit d'exercer le retrait, ou ses héritiers, devaient, pour en profiter, rembourser, non seulement la moitié du prix, mais encore des frais et loyaux coûts ¹. Ces frais comprenaient les impenses nécessaires et utiles faites pendant le mariage, parce que,

1. Ferrière sur l'article 455 de la Coutume de Paris. — L'article 450 de la Coutume de Troyes, dont l'autorité est invoquée par cet auteur, est formellement en ce sens. Cet article, après avoir exposé les cas où il y aurait lieu à retrait de mi denier, se termine ainsi : « ... en remboursant dedans l'an dudit décès, le survivant ou les héritiers d'iceluy décédé, de la moitié du prix de la vendue, loyaux fraiz et *méliorations* ».

comme le dit Ferrière : « *Ce serait grande incommodité, si les conjoints par mariage ne pouvoient point augmenter ou améliorer l'héritage propre à l'un d'eux, et par eux acquis pendant leur communauté.* »

La dernière acquisition constitutive de propres dont nous devons nous occuper est l'exercice d'un réméré.

Après les explications que nous avons déjà données, il ne nous reste que peu de chose à dire.

Le réméré est une clause particulière, insérée dans le contrat de vente pour permettre au vendeur de reprendre la chose en restituant à l'acheteur le prix de vente augmenté des frais et loyaux coûts du contrat.

Il y a là une sorte de retrait que le vendeur se réserve le droit d'exercer pour rentrer en possession de sa chose ; dès lors, les règles que nous avons précédemment exposées devaient s'appliquer à l'exercice d'un réméré. C'est ce qui avait effectivement lieu dans notre ancien droit ¹.

1. *Sic* : Bourjon, II^e Partie de la *Communauté*, chap. X, nos 22 et 27. — Renusson, *Traité des Propres*, chap. IV, sect. 11, n° 12, rapporte l'opinion conforme de d'Argentré sur l'article 418 de la Coutume de Bretagne, glose III, nombre 10 : « Non est novi temporis acquisitio, sed ex veteri causa et jure in priorem causam potius rediisse quam esse innovatam. »

La Coutume de Nivernais règle, par une disposition expresse, la situation. Art. 29 et 30 au chapitre *Des Droicts de Gens Mariez*. Art. 29 : « Si l'un des conjoints avait vendu son héritage, ou sur

On peut également, si l'on ne veut pas voir dans le réméré un retrait, dire, avec Pothier¹, qu'il y a simplement résolution de la vente qui est censée ne jamais avoir été consentie. D'où la conséquence que les choses étant remises dans le même état qu'avant l'aliénation, l'immeuble, en rentrant dans le patrimoine du vendeur, devait y reprendre les qualités qu'il avait auparavant, c'est-à-dire former un propre.

Pothier, dans son *Traité de la Communauté*, range les hypothèses que nous venons d'examiner sous la rubrique de : « *Récompenses dues à la Communauté pour sommes qui en ont été tirées pour les héritages propres de l'un des conjoints.* » Il mentionne à leur suite un certain nombre de cas que nous nous bornerons à énumérer, parce qu'ils reposent tous sur le même principe, à savoir que lorsque la communauté a déboursé une somme d'argent pour conserver un propre à l'un des époux, ou lui permettre d'en acquérir un il en doit récompense. Ces cas sont les suivants :

iceluy constitué rente à rachapt paravant le mariage et constant ledit mariage, suyvant ladite faculté de rachapt ledit héritage ou rente sont rachetez ou recouvrez : l'autre conjoint ne participe point audit héritage, charge ou rente rachetée et recouvrée, ou deschargée : mais sera remboursé pour sa part, et jusques audit remboursement ledit conjoint jouira de l'héritage, pour telle part qu'il a en la communauté sans compter les fruits audit remboursement. » Article 30 : « Es cas dessusdits, esquels remboursement doit estre fait, iceluy remboursement sera fait dedans l'an, et en défaut de ce faire l'héritage demeurera conquest ».

1. Pothier, *Traité de la Vente*, numéro 441.

1° Si le père de l'un des conjoints avait fait une dation en paiement d'un héritage au lieu de la dot en argent qu'il avait promise, l'héritage était propre, mais la somme dotale serait entrée en communauté, il s'en suit qu'une récompense lui était due ;

2° Lorsqu'un héritage était donné pendant la communauté, sous certaines charges, à l'un des époux, il constituait un propre si le donateur était un ascendant ou s'il avait mis cette condition à sa donation. Mais la somme qui avait été prise dans la communauté pour acquitter les charges, lui donnait droit à récompense ;

3° Lorsque, par un partage d'immeubles, dont l'indivision était antérieure au mariage, le lot échu à l'un des conjoints avait été chargé d'une soulte, il en devait récompense. Il en allait de même s'il s'était rendu adjudicataire sur licitation ;

4° Un conjoint avait rapporté une somme d'argent à une succession à laquelle il était appelé, puis n'avait que des immeubles dans son lot ; ils étaient propres, mais il devait récompense à la communauté de ce qu'elle avait payé ;

5° Enfin tout ce qui avait été pris dans la communauté pour conserver un héritage propre à l'un des époux était la source de récompenses. Pothier cite, comme exemple, le cas où l'un d'eux, exposé à une action rescisoire pour cause de lésion de plus de moitié du prix, relativement à un immeuble qu'il avait acheté

avant le mariage, tirait de la communauté une certaine somme pour le supplément du juste prix.

§ 5. — *Récompenses dues à raison des offices.* — Une des plus importantes matières, lorsqu'on étudie les récompenses dans notre ancien droit, est certainement celle des offices, à laquelle nous arrivons.

On s'était demandé si l'office possédé par le mari au moment de son mariage entraînait en communauté. Question fort délicate et dont la solution dépendait du point de savoir si l'office était un bien meuble ou s'il devait être rangé dans la catégorie des immeubles. Ce problème juridique donna lieu à de grandes hésitations.

On avait, à l'origine, considéré l'office comme meuble ¹, car les droits incorporels, disait-on, tiennent plus de la nature des meubles que de celle des immeubles ²; l'office, en particulier, est une qualité attachée à la personne, qui meurt et se perd avec elle. Selon la définition de Boutillier, « *l'immeuble est ce qui a son assiette et situation ferme et solide à part, et qui ne peut ensuivre le corps* »; il n'était donc pas possible de classer l'office parmi les immeubles.

Mais le développement des charges de toute nature,

1. Brodeau sur Louët, lettre O, numéro 5, cite deux arrêts en ce sens et d'autres arrêts en sens contraire.

2. Loyseau rapporte les raisons de douter dans son *Traité des Offices*, livre III, chapitre 4, numéros 12 à 32.

leur nombre qui alla sans cesse en augmentant, et l'importance qu'elles prirent dans la fortune publique ne tardèrent pas à donner naissance à une autre théorie qui les fit passer dans la classe des immeubles afin de leur assurer les protections dont jouissait cette espèce de biens. Les partisans de cette opinion enseignaient qu'il y a trois sortes d'immeubles : les héritages, les offices et les rentes ¹. D'après eux, tout ce qui produit des fruits et ne se consomme pas par l'usage doit être reconnu immeuble, or c'est le cas des offices comme des rentes et des héritages. Impossible d'assimiler les offices aux meubles : « *mobilium vilis et abjecta est possessio* », or les offices présentent un caractère honorifique qui ne permet pas de les mettre dans une classe de biens ainsi décriée. Ils se perdent par la mort du titulaire, dit-on, mais peu importe, car un droit d'usufruit, qui se perd aussi par la mort, n'en est pas moins rangé parmi les immeubles. Enfin, et c'était là un argument capital en faveur de ce système, la Coutume de Paris compte l'office au nombre des immeubles ².

1. Loyseau, *loco citato*.

2. Article 95 de la Coutume de Paris : « Office vénal est réputé immeuble, et a suite par hypothèque quand il est saisi sur le débiteur par autorité de justice, auparavant résignation admise et provision faite au profit d'un tiers, et peut être crié et adjugé par décret : et toutefois les deniers provenans de l'adjudication sont sujets à contribution, comme meubles entre les créanciers opposans, qui viennent pour ce regard à déconfiture au sol la livre ».

Quelle théorie devait-on admettre ? L'une et l'autre avaient des arguments fort sérieux à invoquer, laquelle choisir ? « *C'est, si possible, un des plus scabreux endroits de cette matière* », dit Loyseau ¹, qui, pour sortir d'embarras, conclut que les offices constituent une troisième catégorie de biens ². Ils ne sont proprement ni l'un ni l'autre et doivent être déclarés tantôt meubles tantôt immeubles : « *Meubles à cause que leur nature approche plus des meubles, et immeubles eu égard à leur valeur et à leur importance* ³ ».

Nous sommes donc arrivés à constater que l'office était d'une nature variable, et que parfois on en faisait un meuble, d'autres fois un immeuble. Quel caractère lui convenait plus spécialement dans la matière qui nous occupe ? Lié étroitement à la personne de celui qui en était investi, ne pouvant être communiqué à quelqu'un autre, particulièrement à sa femme ⁴, il

1. Loyseau, *Traité des offices*, livre III, chapitre 9, numéro 1.

2. Loyseau, *Traité des Offices*, livre III, chapitre 4, numéro 33.

3. « De ce que dessus résulte que les offices qui forment un objet important dans la fortune de ceux qui les possèdent, forment une troisième espèce de biens qui a ses règles particulières et qu'on expliquera dans les différentes parties de ce titre ». Bourjon, *Droit Commun de la France*, titre XI, chapitre 1, numéro 6 et au numéro 7 : « Ces sortes de biens sont réputés immeubles, la loi les fait tels si la nature leur dénie cette qualité ». — Brodeau sur Louët, lettre O, numéro 5. — Renusson, au *Traité des Propres*, chapitre V, section 4, numéro 1, constate qu'ils forment « la meilleure partie » du pair-moine des familles et les déclare immeubles.

4. Loyseau, *Traité des Offices*, livre III, chapitre 9, numéro 2.

convenait de le considérer comme un immeuble, sans quoi il eût fallu admettre que, par son mariage, l'officier allait perdre la moitié de sa charge, puisqu'elle tombait dans la communauté, comme tous les meubles des époux. La jurisprudence refusa de consacrer une pareille iniquité et déclara, par plusieurs arrêts, que l'office restait propre à son titulaire ¹.

L'office qui appartenait au mari avant le mariage, lui restait donc propre ²; mais voilà que, pendant la durée du mariage, il payait les annuités de la Paulette, qu'allait-il en résulter? On sait que pendant longtemps les offices furent purement viagers, jusqu'au jour où le chancelier Paulet fit signer à Henri IV un Édit d'après lequel il était loisible à tout officier, en payant annuellement un soixantième du revenu de sa charge, de la rendre héréditaire et transmissible. Eh! bien, les taxes nécessaires pour acquérir la survivance avaient été payées pendant le mariage; quelles en étaient les conséquences?

Les époux pourraient cependant, dit-il au numéro 3, convenir qu'il en serait autrement.

1. Loyseau, *Traité des Offices*, livre III, chapitre 9, numéro 7, en cite de décembre 1598 et de janvier 1598. Il mentionne aussi un arrêt de 1592 rendu, contrairement à cette doctrine, pour un office de notaire dont la survivance avait été acquise pendant le mariage.

2. Bourjon, *Droit Commun de la France*, 3^e partie des Offices, chapitre 1, numéros 1, 2 et 3.

D'une part, l'office eût été perdu par la mort du titulaire si les taxes n'avaient pas été régulièrement acquittées. D'autre part, c'était la communauté qui avait fourni l'argent nécessaire pour les payer. Ne fallait-il pas en conclure que l'office, conservé des deniers communs, devait, au jour de la dissolution de l'union conjugale, se partager? Non, certes. L'office étant considéré comme un immeuble, la femme n'avait droit qu'à récompense. La moitié des sommes fournies pour l'acquies des arrérages devait lui être payée, de même que, dans les autres cas où une impense nécessaire avait été faite sur les propres du mari, il lui était dû récompense jusqu'à concurrence de la moitié des sommes employées ¹. Il s'agit bien ici d'une impense nécessaire puisque, sans elle, l'office eût été perdu; la situation étant la même dans les deux cas, la règle devait être la même.

Mais il ne faudrait pas en conclure que toutes les dépenses faites au sujet de l'office donnaient lieu à récompense. Ce serait une grosse erreur. Il n'en était ainsi que lorsque, par suite de la dépense, la valeur de l'office se trouvait augmentée ou conservée. Même alors il n'y avait pas lieu de rembourser toutes les dépenses, et Loyseau nous dit que, si l'office a été complètement perdu par la mort du mari, on devait décla-

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéro 660.

rer que ses héritiers n'avaient pas à payer de récompense¹. La raison en est que la femme a, durant le mariage, profité des grands revenus que rapportait l'office et des titres honorifiques qui y étaient attachés. Lorsqu'il vient ensuite à être perdu, ce doit être une perte commune, et il est juste qu'ayant participé aux avantages, la femme supporte également une partie de la perte.

Partant du même principe, Loyseau voulait² que le mari n'eût rien à payer pour les procès relatifs à l'office mais qui n'en concernaient pas le droit de propriété. Il est bien évident que, si un tiers disputait au mari la propriété de l'office, les frais du procès donnaient lieu à récompense, car, alors, il était vrai de dire qu'ils constituaient une dépense nécessaire³. Si le mari ne s'était pas défendu, l'office eût été perdu pour lui ; par suite, les frais de l'instance avaient eu pour effet de le conserver. Mais il se pouvait que, sans contester le

1. Loyseau, *Traité des Offices*, l. III, chap. IX, n° 42.

2. Loyseau, *loco citato*, n° 13.

3. En vertu de la règle générale posée par Bourjon, II^e partie de la *Communauté*, chap. X, n° 25 et 26 : lorsqu'un conjoint avait, antérieurement au mariage, un droit de propriété constaté et qu'il gagnait son procès *constante matrimonio* il y avait pour lui un propre, parce que le jugement est simplement déclaratif d'un droit antérieur au mariage. C'était également l'opinion de Dumoulin : « Non omnis acquisitio communicatur inter virum et uxorem, sed solum eæ quæ fit constante matrimonio et quæ non pendet a jure alterutri eorum ante matrimonium quæsito ».

droit à l'office, il y eût litige sur les droits qui en dépendaient. Alors, selon Loyseau, il ne devait pas être payé de récompense.

A plus forte raison, la même règle était-elle appliquée à toutes les dépenses qui n'avaient pas augmenté ou conservé l'office. Elles devaient être regardées comme étant de pur entretien, et rester à la charge de la communauté, qui avait profité des revenus. C'est la théorie qui fut adoptée par nos anciens jurisconsultes : Bourjon, et les auteurs qu'il cite¹, Lebrun², Renusson³ et Pothier⁴, qui enseignent encore ces principes à la fin de notre ancien droit. Mais il pouvait arriver que cet office, possédé par le mari avant le mariage, et qui lui était propre, eût été vendu par lui. Les deniers qui en proviennent vont-ils grossir la communauté, ou n'y touchent-ils que momentanément, et donneront-ils lieu à récompense ? Telle est la question qui se posait et qui faisait hésiter nos anciens auteurs⁵.

1. Bourjon, *Droit Commun de la France*, Offices, 2^e part., chap. I, sect. 2, n^{os} 8, 9 et 10.

2. Lebrun, *Traité de la Communauté*, l. III, ch. V, sect. 2, distinction 7, n^o 67.

3. Renusson, *Traité des Propres*, chap. V, sect. 4, n^o 52.

4. Pothier, *Traité de la Communauté*, n^{os} 660 à 662. — Voir également sur cette matière des Offices l'*Étude* de M. Louis Lucas, professeur à la Faculté de Droit de Dijon, *sur la vénalité des charges et fonctions publiques* et sur celle des *Offices ministériels*, t. II, p. 241 et suiv.

5. Loyseau. *Traité des Offices*, l. III, ch. 9, n. 14 et suiv.

D'une part on affirmait qu'aucune récompense n'était due, et que les deniers, une fois entrés dans la caisse commune, ne devaient plus en sortir. Si l'office est propre c'est, disait-on, qu'il est si intimement lié à la personne de l'officier, qu'il ne saurait être communiqué à un tiers, fût-ce à son conjoint; et aussi parce qu'il participe de la nature des immeubles. Une fois qu'il est vendu, les mêmes raisons de décider ne se retrouvent plus. On ajoutait que la Coutume de Paris n'introduisit le remploi que lors de sa réformation et seulement pour les rentes et les héritages; que, par suite, on ne pouvait pas l'étendre aux offices, car sa disposition est contraire à la raison, le prix ne conservant pas les qualités de la chose vendue. On faisait ensuite remarquer que les offices étaient moins propres que les héritages et les rentes, en ce qu'ils ne passaient pas aux héritiers. Enfin on terminait en disant que, si la Coutume prohibe les avantages entre époux, elle autorise exceptionnellement ceux par lesquels le donataire n'est pas appauvri. Nous sommes bien ici dans un de ces cas, puisque, si le mari n'avait pas vendu l'office, il eût été perdu par sa mort.

Conformément à cette doctrine fut rendu un arrêt du 7 décembre 1577, cité par Charondas le Caron et rapporté à nouveau par Loyseau.

Cependant Loyseau adopta la théorie contraire et

soutint qu'il y avait lieu à récompense, à raison de la tendance bien marquée qui existait à son époque « *à augmenter le commerce et propriété des offices* ». Tout d'abord, dit-il, la communauté ne doit comprendre que les acquêts des époux ou ce qui leur survient à titre lucratif et non ce qui provient de la vente de leurs propres¹. Ce serait d'ailleurs, quoi qu'on en ait dit, une donation entre vifs qui ne saurait être admise. On soutient que, si le mari n'avait pas fait la vente, l'office aurait été perdu pour lui, et l'on conclut que l'obligation de laisser le prix de l'office dans la communauté ne l'appauvrit pas. Il est vrai que si le mari n'avait pas vendu son office il en aurait complètement perdu la valeur, mais il n'en est pas moins certain que, si les deniers tombent en communauté, le mari, qui en recevra seulement la moitié lors du partage, se trouvera avoir perdu la moitié du prix de son office. Il est donc bien appauvri. Si ces raisons ne suffisent pas, on peut observer que le remploi existe pour les aliénations nécessaires, telles que les rentes sur maisons de villes : qu'est-ce autre chose que la vente d'un office ? Le mari est en effet obligé de le vendre s'il ne veut pas que le prix en soit perdu par sa mort. La théorie con-

1. Loyseau, en disant que ce qui survient aux époux à titre lucratif pendant le mariage, entre en communauté, va encore trop loin. Il y a deux acquisitions à titre gratuit qui sont constitutives de propres : la donation faite avec stipulation que les biens donnés seront propres au donataire, et la donation faite par un parent.

traire oblige le mari à faire à sa femme une donation à laquelle il n'a peut-être pas seulement songé. Il possède un bien sujet à disparaître et le vend pour en éviter la perte ; on décide que la moitié du prix appartiendra à la femme, c'est une solution absolument injuste puisqu'elle se résume en une donation forcée. Enfin, les époux doivent être sur un pied d'égalité ; or les femmes sont incapables d'avoir un office, le prix n'en saurait donc tomber dans la communauté de leur chef, il faut donc qu'il en soit de même pour le mari ; et, s'il vend son office, le prix constituera un propre. L'inégalité existe bien déjà à un assez haut degré, sans qu'on aille encore l'augmenter, puisque le mari seul a les peines et les tracas qu'occasionne la gestion de l'office, alors que la femme ne participe qu'aux honneurs et aux grands revenus dont il est la source. Il ne faut pas aller plus loin : le mari, pour acquérir l'office, avait peut-être vendu certains de ses propres, il est juste que lorsque le moment de le vendre est arrivé, le prix lui appartienne tout entier. Il ira dans la caisse de la communauté, comme tous les meubles, mais, lors de la dissolution du mariage, elle en devra récompense.

Ces raisons parurent décisives à la jurisprudence qui, abandonnant la doctrine qu'elle avait d'abord adoptée, se fixa en ce sens par l'arrêt Coquebert de 1598, souvent cité. L'arrêt contraire que nous avons mentionné

est de 1577, par conséquent antérieur à la réformation de la Coutume de Paris, et s'expliquait lorsque le remploi n'existait pas. Depuis, le Parlement persévéra dans cette nouvelle voie¹, et fut suivi par les principaux auteurs. C'est notamment le sentiment de Renusson² qui nous indique que, de son temps, la solution ne faisait plus aucune difficulté, et qui rapporte un grand nombre d'arrêts rendus en ce sens : « *Il a été trouvé raisonnable que, puisque les offices étoient vénaux, qu'ils étoient immeubles et qu'ils faisoient souvent tout le bien du mari, qu'ils n'entrassent pas dans la communauté : autrement il arriveroit souvent qu'une femme profiteroit du bien de son mari et le porteroit dans une famille étrangère* ³. »

La matière des offices avait fait naître d'autres causes de récompenses. On se demande quel serait le sort de ceux que le mari pouvait acquérir pendant le mariage ? Il faut distinguer sur ce point trois hypothèses qui pouvaient se présenter, selon que l'office avait été acquis des deniers de la communauté, de ceux du mari, enfin

1. Arrêt de septembre 1607 rendu par le Premier Président de Harlay.

2. Renusson, *Traité des Propres*, chapitre V, section 4.

3. Renusson, *loco citato*, numéro 35, *in fine*. La dernière partie de la phrase que nous rapportons prouve bien l'influence que le désir de conserver les biens dans les familles, eut sur la théorie des récompenses.

sans bourse délier, quand le mari en avait été pourvu gratuitement ¹.

Dans la plupart des cas, l'office aura été acquis des deniers communs, et une récompense sera due. On essaya bien de soutenir que la femme n'avait droit à aucune indemnité, mais cette théorie, par trop rigoureuse et injuste, fut écartée et, s'il faut en croire Loyseau ², n'eut jamais grand succès.

Il semble bien, d'autre part, à en juger par la façon dont s'exprime Loyseau ³ : « *en premier lieu, il est bien certain que l'office en soi n'entre pas en communauté* », qu'on ne songea pas à faire de l'office un conquêt. Les raisons que notre auteur en donne sont qu'il est inhérent à la personne de son titulaire, que la femme en est incapable, enfin qu'il est indivisible et ne peut, par conséquent, appartenir à deux personnes. Dans ces conditions, il était impossible d'admettre que le mari eût songé à en faire l'acquisition pour le

1. M. Louis Lucas, dans son *Étude sur la vénalité des Offices*, tome II, page 223, mentionne un quatrième cas qu'indiquait aussi Loyseau : celui où l'argent provenait des deniers produits par la vente d'un propre de la femme. Nous n'adoptons pas cette division parce que nous sommes ici, selon nous dans la première hypothèse : les deniers produits par la vente du propre sont tombés en communauté (sauf récompense) et c'est dans la communauté que le mari est allé les prendre.

2. Loyseau, *Traité des Offices*, livre III, chapitre 9, numéros 33 et 34.

3. Loyseau, *loco citato*, numéro 36.

compte de la communauté, alors que les caractères propres de l'office démontraient qu'il n'avait agi que dans son propre intérêt.

Mais dès lors le mari n'allait-il pas s'enrichir aux dépens de la communauté et n'y avait-il pas là une des dispositions frauduleuses qu'interdisait l'article 225, *in fine*, de la Coutume de Paris ? Non, parce que la théorie des récompenses intervenait alors pour faire décider que la femme aurait, au moment de la dissolution du mariage, droit à une indemnité. Les héritiers du mari devaient, s'ils voulaient que l'office fût propre, payer la moitié de la somme à laquelle sa valeur aurait été fixée après estimation ¹. Si c'est par la mort de la femme que le mariage avait pris fin, c'est au mari qu'appartenait l'option. Il avait le choix, ou de laisser l'office à la communauté, afin qu'il fût vendu, et que le prix en fût partagé entre lui et les héritiers de sa femme ; ou bien de le garder en payant la moitié de l'estimation ².

1. Une théorie différente fut cependant soutenue par Bourjon, d'après lequel les héritiers du mari n'auraient pas pu retenir l'office qui devait être vendu au profit de la communauté, III^e partie des *Offices*, chap. I, sect. IV, n° 43. — De même : Renusson, *Traité des Propres*, chap. V, sect. IV, n° 38.

2. En sens contraire : Bourjon, *loco citato*, n° 44. — Renusson, n° 37. Ces auteurs enseignaient que la récompense n'était pas de l'estimation, mais de moitié des sommes tirées de la communauté pour l'achat de l'Office. Ils ajoutaient que si le mari ne faisait pas de déclaration il était censé vouloir conserver l'Office. Cette théorie est repoussée par Pothier qui se fonde sur ce que l'Office acquis pendant

On conciliait ainsi les intérêts des deux époux, et aucun d'eux n'était lésé. La femme ne pouvait pas se plaindre, puisqu'elle recevait la moitié de l'estimation de l'office, ou bien, si le mari l'abandonnait, la moitié du prix produit par la vente à laquelle il était procédé. Le mari n'avait pas, non plus, de réclamation à élever puisqu'il pouvait conserver l'office si bon lui semblait. Comme les revenus des offices étaient considérables, il y avait tout intérêt à les conserver, excepté si l'estimation, qui en était faite, était trop élevée. Dans ce cas encore, les droits du mari étaient pleinement sauvegardés, puisqu'il n'était pas obligé d'accepter cette évaluation. Si elle lui paraissait trop élevée, il lui suffisait de déclarer qu'il remettait l'office en communauté ; la charge était alors vendue et le prix partagé entre lui et les héritiers de sa femme ¹.

Le mari qui voulait conserver l'office devait en payer l'estimation, mais à quel moment fallait-il se placer pour l'évaluer ? Fallait-il avoir égard à son état lors de la dissolution ou lors du partage de la communauté ² ? Il y avait intérêt à le savoir, car l'office avait pu augmenter ou diminuer de valeur entre ces deux époques.

la communauté était un conquêt et ne pouvait constituer un propre que s'il avait déclaré vouloir le retenir. *Traité de la Communauté*, n° 664 à 667.

1. Loyseau, *loc. cit.*, n° 55.

2. Loyseau, *loc. cit.*, numéros 56 à 58.

Dans une première opinion, on soutenait qu'on devait tenir compte de sa valeur lors du partage. Loyseau nous le rapporte en ces termes : « *Comme in judiciis universalibus fructus omnesque accessiones hereditatem augent, quia hereditas nomen juris est, et recipit ipso jure augmentum et diminutionem, voire mesme in judiciis particularibus, il est certain que augmentum et periculum rei communis omnes dominos respicit : aussi le mesme soit en l'office puisqu'il fait part de la communauté*¹. »

Cependant notre jurisconsulte concluait en sens inverse, en se basant sur ce que si, *constante matrimonio*, les profits de l'office étaient entrés dans la communauté qui bénéficiait ainsi de sa plus-value, *soluta matrimonio*, au contraire, le mari, qui était devenu seul propriétaire de l'office, devait seul profiter de ces accroissements.

Par contre, il supporterait seul la perte de l'office qui surviendrait après la dissolution de la communauté, s'il n'avait pas pris la précaution, immédiatement après le décès de sa femme, de faire savoir à ses héritiers qu'il était prêt à résigner sa charge et qu'ils eussent à chercher un acheteur². Mais cette signification était irrévocable et il ne lui était pas permis de revenir sur sa déclaration pour conserver l'office : il n'avait plus

1. Loyseau, § *loc. cit.*, numéro 37.

2. Loyseau, *loc. cit.*, numéro 60.

que le privilège d'être préféré à un étranger à prix égal.

Nous avons vu que, lorsque le mari mourait le premier, ses héritiers avaient à payer le mi-denier ; le devaient-ils dans tous les cas ? Si l'office avait été perdu par la mort du mari, ils ne devaient rien. Cette décision reposait sur cette idée que la femme ayant, pendant la communauté, joui de tous les avantages matériels et moraux attachés à l'office, sans en avoir les charges et les soucis que le mari avait seul supportés, avait tiré de l'acquisition les mêmes profits que celui-ci.

Les deniers employés pour l'achat de l'office pouvaient provenir soit de la vente des propres du mari faite par lui pour se procurer de l'argent, soit de sommes qu'il possédait avant le mariage et qu'il avait stipulées propres. C'est la seconde de nos hypothèses. Elle ne pouvait donner lieu à difficulté, puisque, dans la précédente, on déclarait l'office propre au mari, *a fortiori* devait-il en être ainsi dans l'espèce que nous envisageons ¹.

1. Loyseau, *loc. cit.*, numéro 63. - Bourjon, III^e *Partie des Offices*, chapitre 4, section IV, numéro 23, exigeait une condition de plus. Il y avait, dit-il, un propre pour le mari : « Si le mari avait, dans la quittance du prix de l'office, déclaré que les deniers provenaient du prix de son propre, et qu'il le prenoit pour emploi, en ce cas l'office lui seroit propre ; ce seroit consommation de emploi. » Et au numéro 24 : « Il lui est propre en ce cas, non par voie de subrogation, mais par l'effet d'un emploi accepté et consommé qui effectue la subrogation. »

Enfin l'office était encore propre au mari lorsqu'il lui avait été donné gratuitement pendant le mariage¹. Il semble toutefois qu'en vertu de l'ancien adage en vigueur dans notre droit coutumier : « *Il n'est plus bel acquêt que de don* », on aurait dû le faire entrer dans la communauté. Mais nos juristes, tenant compte des caractères propres de l'office et de l'intention présumée du donateur, déclaraient qu'il constituait un propre pour le mari. C'est ce que nous montre Loyseau : « *J'estime, sauf meilleur advis (car il faut confesser que la question est très problématique) que n'apparoissant point que l'office ait esté donné en contemplation de la femme, ni que son crédit, ou de ses parents ait esté cause du don, in dubio l'office doit appartenir au mari seul, par la décision de cette loy Denique § si minori. D. De minor., où il est dit que la milice donnée au fils de famille lui est acquise, et non à son père, auquel appartiennent toutes autres choses acquises par le fils de famille, pour ce, dit le jurisconsulte, que personæ ejus cohæret. Et d'ailleurs, puisque la femme est incapable de l'Office, il semble*

1. Renusson, *Traité des Propres*, chap. V, section IV, numéro 41 et suivants. D'une part, disait-il, tout don était acquêt et tout acquêt fait durant le mariage tombait en communauté. D'un autre côté le roi (il s'agit ici d'un office donné par le roi) avait voulu gratifier le mari à raison de son mérite personnel et l'office devait être réputé lui avoir été donné pour former un propre.

Sic : Arrêt rendu en la Chambre de l'Édit le 4 décembre 1609. Le Prestre, II^e Centurie, chapitre IX.

*superflu d'exprimer au don d'iceluy, suivant la Coust. de Paris, qu'il sera propre au mary*¹. »

Nous avons ainsi relevé les principaux cas de récompenses dans notre ancien droit. La théorie construite par la jurisprudence et les auteurs est enfin présentée dans son ensemble par Pothier, qui se borne à résumer les travaux de ses devanciers². Nous ne ferons pas une étude détaillée de son œuvre : aussi bien en avons-nous déjà relevé les parties saillantes au cours de notre exposé. Il nous reste seulement, et ce sera le meilleur résumé que nous puissions donner des solutions admises dans notre ancien droit, à indiquer d'un mot les principes auxquels il rattache les récompenses.

1° Chacun des conjoints est créancier envers la communauté de ce dont elle s'est enrichie à ses dépens. Elle lui doit donc : A) la somme à laquelle montent les effets mobiliers qu'il s'est réservés propres ; B) le prix de ses propres aliénés ;

2° Chaque fois que l'un des époux a tiré profit de la communauté, il en doit récompense ; telle est la règle que Pothier pose au numéro 612 de son *Traité de la Communauté*, et dont il précise la portée au nu-

1. Loyseau, *loc. cit.*, numéro 67.

2. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéros 582 à 681. Introduction au titre X de la Coutume d'Orléans, numéros 118 et 119.

méro 613. Le montant de la récompense, écrit-il, est fixé non par les sommes que la communauté a réellement déboursées, mais seulement par le bénéfice qu'en a retiré l'époux débiteur. Il n'est rien dû à la communauté au delà de ce qu'elle a déboursé, lors même que le profit excède les sommes dépensées¹.

Enfin, aux numéros 676 et suivants du même ouvrage, Pothier examine l'hypothèse où les propres de l'un des conjoints ont servi à payer la dette de l'autre. Nous ne le suivrons pas sur ce terrain. Il n'y a là, à proprement parler, qu'une dette de l'un des époux envers l'autre, et l'on n'est en présence de véritables récompenses que lorsqu'il s'agit de restitutions à faire à la communauté par l'un des conjoints ou inversement.

A côté du rôle que jouait la théorie que nous venons d'étudier dans le régime de communauté légale, il ne faut pas oublier qu'elle avait encore fourni le moyen de développer les clauses de communauté conventionnelle dont beaucoup ne se règlent que par des récompenses. Il ne rentre pas dans notre sujet de les envisager sous ce nouvel aspect; nous ne pouvions cependant nous dispenser d'en signaler cette conséquence. Pour citer

1. Pothier, *Traité de la Communauté*, numéro 586 et Introduction au titre X de la Coutume d'Orléans, numéros 99 et 100.

Nous devons enfin citer, pour terminer l'indication des sources auxquelles nous avons puisé, les deux cours professés à la Faculté de Droit de Paris par MM. Cauwès et Lefebvre.

un exemple à l'appui de ce que nous avançons, nous ferons seulement remarquer qu'elles permettaient d'arriver à notre communauté d'acquêts. Il suffisait, pour obtenir ce résultat, de recourir à la réalisation des propres et à la séparation des dettes qui n'auraient pas été possibles dans notre théorie. Dans la première de ces clauses, en effet, l'époux dont les meubles étaient entrés dans la communauté, avait droit à récompense de ce chef et, dans la deuxième, c'était au contraire lui qui devait récompense à la communauté de la somme qu'elle avait déboursée pour payer ses dettes.

Vu :

Par le Président de la Thèse,

CH. LEFEBVRE.

Vu :

Par le Doyen,

E. COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

BLOIS, TYP. ET LITH. PAUL GIRARDOT ET Cie.
